

الجامعة اللبنانية
المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق
والعلوم السياسية والإدارية والإقتصادية

العنوان

ضمان التعرّض والإستحقاق في عقد البيع
رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال

إعداد

نسرين حسين ناصر الدين

لجنة المناقشة

رئيساً	الأستاذ المشرف	القاضي الدكتور غسان رباح
عضواً	أستاذ مساعد	الدكتور علي أبي حيدر
عضواً	أستاذ مساعد	الدكتورة هدى عبد الله

-

1

• المقدمة:

لطالما شكّل عقد البيع محوراً هاماً وأساسياً في التقنيات والتشريعات القديمة والحديثة لكونه أكثر تداولاً وانتشاراً في التعامل بين أفراد المجتمع، وهذا يرجع إلى أهميته في كونه عقداً يلزم الجانبين المتعاقدين، ولما يربّيه من التزامات على عاتقهما، بحيث يطرح العديد من الإشكاليات والتساؤلات التي تشكل إطاراً هاماً في تحديد قواعده وأحكامه .

لذا، عمدت الكثير من التقنيات الأجنبية والعربية ومنها القانون اللبناني إلى معالجته ووضع أحكامه في بابٍ مستقلٍّ وقبل غيره من العقود الأخرى بحيث أصبحت قواعده وأحكامه تشكّل قواعد عامّة يُعتمد عليها في تفسير واستنباط القواعد الخاصة بالعقود الأخرى. وهذه هي الحال فيما يتعلّق بالقواعد الخاصة بضمان التعرّض والإستحقاق. فبالرغم من أن أحكام الضمان لا تقتصر على عقد البيع، بل تتناول جميع العقود التي ينشأ عنها أحد التزامين إما إلّتزام بنقل الملكية كالبيع والمقايضة والهبة وإما إلّتزام بتمكين المتعاقد الآخر من الإنتفاع بالشراء كالإجارة والعارية.

ولكن المشتري أثر أن يضع أحكام الضمان في الباب الخاصّ بالبيع لأنه أكثر العقود تداولاً، ونظراً لأهميته بحيث يُعتبر أوّل عقدٍ ظهر فيه الإلتزام بالضمان. لذا، فقد أثر المشرّع أن يفصل فيه أحكام الضمان ثم اقتصر في العقود الأخرى على الإحالة على عقد البيع مع بيان خصائص الضمان إذا اختلف الحكم عن ما هو مقرّر في عقد البيع. وهذا يعني أن الإلتزام بضمان التعرّض والإستحقاق ليس قاصراً على عقد البيع، بل يمتد إلى كلّ عقدٍ ناقلٍ للملكية لا بل إلى كلّ عقدٍ ينقل الحيّزة والإنتفاع ، خاصةً إذا كان العقد من المعاوضات، فهو موجود في المقايضة والشركة وفي عقد الإيجار وفي عقد القرض، كما تخضع قسمة المال الشائع لأحكام هذا الضمان. الأمر الذي دفع البعض إلى القول أنه كان من المنطق جعل ضمان التعرّض والإستحقاق نظريّة عامّة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع. إلا أن الإلتزام بالضمان وإن كان يوجد في كل هذه العقود إلا أن مضمونه ونطاقه يختلف من عقد إلى آخر.

ولمّا كان عقد البيع من الأهمية بمكان كان لا بد من دراسة موضوع ضمان التعرّض والإستحقاق في عقد البيع، باعتباره مسألة تعرض في آنٍ وحين لكل فردٍ يعيش داخل جماعة إنسانية، إذ كلّما اقتنى المشتري شيئاً يحتاج إليه سواء كان من الضروريات أو من الكماليات إلا وكانت غايته من الاقتناء وأداء مقابل الشيء المبّيع هي إمّتلاك هذا الشيء والإستثمار به والإنتفاع من ثمراته .

قد يبدو للوهلة الأولى، أن هذا الموضوع هو من المواضيع التقليدية التي عالجتها معظم المؤلفات المتعلّقة بالقانون المدني والمختصة بالعقود المسماة، ولا سيما تلك المتعلّقة بعقد البيع. إلا أن معالجة هذا الموضوع هي من الأهمية بمكان الأمر الذي يدفعنا إلى تسليط الضوء عليه بشكلٍ منفصل لما يتضمّنه

من تفرعات وأحكام ولكثرة ما يثيره من منازعات في الحياة العملية والتي تتطلب حلولاً حاسمةً خصوصاً أن المجتمع بتطوره أدى إلى زيادة إشكالاته، الأمر الذي يستوجب حلولاً مختلفةً عن الحلول التقليدية. كما أن ندرة الاجتهاد الحاصل في هذا الموضوع دفعني إلى عرضه بطريقة وصفية محاولةً قدر الإمكان عرض الأحكام القانونية في هذا الموضوع .

وما يميز هذا الموضوع هو أن فروعه تنتشر في معظم العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع والإيجار وعقد الصلح والمقايضة وأيضاً في عقود التبرعات كعقد الهبة ولكن بنطاق أضيق .

إن معظم التشريعات أتت على ذكر هذا الموضوع في القواعد الخاصة بعقد البيع كما ذكرنا وبالتحديد ضمن الفصل الخاص بموجبات البائع بحيث شكّلت القواعد المنصوص عنها في عقد البيع والمتعلقة بهذا الموضوع القواعد العامة لما يُسمى "ضمان التعرّض والإستحقاق" بحيث يعتبر تنظيم العقد ناقصاً لو خلا منه .

لذا، درجت معظم التقنينات ومنها القانون اللبناني والمصري والفرنسي على إدماج موضوع الضمان في عقد البيع باعتباره أبرز مكان له، خصوصاً أن موجب الضمان هو من مُستلزمات نقل ملكية المبيع الذي هو الأثر الحكمي لعقد البيع .

ولكن، ماهو المقصود بالزام البائع بضمان التعرّض والإستحقاق ؟

إن المدين في العقود الناقلة للحقوق يلتزم بجملة من الإلتزامات نحو متلقّي الحق، إلا أن هذه الإلتزامات لا تكفي لتحويله ممارسة سلطاته على الحقّ الذي اكتسبه والإنتفاع به على الوجه الذي قصده المتعاقدان وتقتضيه طبيعة العقد. فالإلتزام بنقل الحقّ ويتسليمه لن يحقّقاً الفائدة المرجوة منهما إذا وقع تعرض لمكتسب الحقّ في إنتفاعه به وفي ممارسة سلطاته عليه، أو إذا نزع من تحت يده كله أو بعضه، أو إذا تمكّن الغير من إدعاء حقوق عليه من شأنها أن تنقص من قيمته. ومن ثم يجب على من ينقل لغيره حقاً أن يضمن للمكتسب الإنتفاع به وحياسة الشيء محل العقد حيازةً هادئةً ومستمرّة لا يُعكّر صفوها أي تعرّض صادر منه أو من غيره .

لذا، فإن المدين مُلزم بالكفّ عن كلّ ما من شأنه أن يُعدّ اعتداءً على انتفاع الدائن، وأن يدفع أي تعرّض يصدر من الغير. فإذا فشل في ذلك واستحقّ الغير الشيء المبيع سواء شمل هذا الإستحقاق الشيء بأكمله أو جزءاً منه أو ثبت للغير تكليف عليه ممّا يخلّ بالإنتفاع به كان المدين بالضمان مُلزماً بالتعويض وهذا هو ضمان الإستحقاق .

إلا أن ضمان التعرّض والإستحقاق يختلف في أساسه عن الإلتزام بنقل الملكية وهذا الأمر يبدو جلياً من خلال العودة إلى الجذور التاريخية لهذا الموضوع. فمن ناحية الأساس فإن الإلتزام بضمان التعرّض والإستحقاق يرجع إلى إعتبرات تاريخية نجد جذورها في القانون الروماني. ذلك أن عقد البيع في ذلك

القانون لم يكن ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ولا يرتب على البائع التزاماً بنقل الملكية بل كان كل ما كان يلتزم به البائع تجاه المشتري هو تمكينه من حيازة المبيع حيازة هادئة والتزامه بضمان التعرض الصادر منه ومن الغير. وهذا يعني أن ضمان التعرض والإستحقاق كان مرتبطاً بنقل الحيازة الهادئة وليس بنقل الملكية، أما إلتزام البائع بنقل الملكية فكان ينشأ بمجرد إبرام العقد بغض النظر عن وقوع التعرض .

كما أن الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق نجد جذوره أيضاً في الشريعة الإسلامية وإن كان الفقه الإسلامي لم يذكره بلفظه إلا أننا نجده في الكثير من الأمثلة والأحكام التي وردت في الفقه الإسلامي والتي تعتبر تطبيقات لضمان عدم التعرض. فمن ذلك قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... " وكذلك القاعدة التي أوردها الفقه الإسلامي والتي ينطوي تحتها إلتزام المدين بالضمان وهي : " من سعى في نقص ما تم من جهته فسعيه فسعيه مردود عليه" أي أن الشخص إذا ما تعاقد مع آخر فليس له أن ينقض هذا العقد والإلتزامات الناشئة عنه .

إن الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق لم يكن من الإلتزامات المترتبة على عقد البيع وهو لم يصبح كذلك إلا في عهد متأخر. ففي القانون الروماني القديم لم يكن الإستحقاق ليتحقق إلا في حالة ما إذا أنتزع المبيع من المشتري بموجب حكم قضائي، بمعنى أنه لا بد من دعوى ترفع ويصدر فيها حكم على المشتري للقول بأن هناك إستحقاقاً، ولا يقع الإستحقاق فعلاً إلا إذا خرجت العين من تحت يد المشتري. إلا أن الرومان أجازوا في عهد متأخر للمشتري الرجوع بالضمان على البائع ولو بقيت العين تحت يده. كما أن البيع في القانون الروماني لم يكن يتولد عنه سوى مجرد إلتزامات وحقوق شخصية، ولم يكن ناقلاً للملكية كما أشرنا. بحيث أن نقل الملكية لم يكن يتم إلا بإستخدام طرق معينة وهي الإشهاد Manicatio والدعوى الصورية Injurecessio والتسليم Traditio.

فبالنسبة للإشهاد فهي طريقة لنقل ملكية الأموال النفيسة بين المواطنين الرومان، وضمان الإستحقاق لم يكن ينشأ عن العقد إنما عن العبارات التي إقترنت بالإشهاد، ولا يعمل به إلا بالنسبة للإشهاد في عقد البيع ولم يكن يعمل به بالنسبة لحالات الإشهاد الأخرى كالتبرعات مثلاً ولم يكن الرومان يقرون بضمان الإستحقاق بالنسبة للحقوق سواء كانت ظاهرة أم مخفية .

أما البيع عن طريق الدعوى الصورية فهو طريقة لنقل الملكية بصورة رسمية بإتفاق الطرفين ترفع في صورة دعوى إسترداد الملكية أمام الحاكم القضائي. أما التسليم فهو طريقة لنقل ملكية الأموال غير النفيسة، ولا يضمن البائع فيها الإستحقاق إلا إذا صدر تعهد لفظي رسمي .

وظل الإلتزام بالضمان لا ينشأ عن عقد البيع حتى في العصر العلمي، بحيث بقي الإلتزام بالضمان كيان قائم بذاته لم ينشأ في العهود السابقة على عهد جستنيان عن عقد البيع. أما في عهد جستنيان فقد

بدأت النصوص الخاصة بالضمان تبرز في عقد البيع مع تطور التعامل فيما بين الناس ولما يرتبه من وجوب التعامل بحس نية. بحيث أصبح الإلتزام بالضمان ينشأ عن العقد دون حاجة إلى نص، وينشأ في جميع أنواع البيوع، وأصبح جزءاً لا يتجزأ عن عقد البيع، بحيث أنه لو أستحقت العين إلتزم البائع قبل المشتري بدفع مبلغ مساوٍ للضرر الذي لحق بالمشتري بسبب الإستحقاق، ويتم تقدير التعويض وفقاً لقيمة المبيع وقت صدور الحكم على البائع. وقد قضى جستانيان أن لا يتجاوز التعويض مثلي الثمن المدفوع .

أما القانون الفرنسي القديم، فقد تأثر بنظام القانون الروماني، باعتباره مصدراً لقوانين الدول اللاتينية، ولذلك كان الضمان في القانون الفرنسي مرتبطاً بالعقد كما هو الحال في القانون الروماني في عهده الأخير، بحيث أن الضمان هو أداة ينبغي أن يُقدمها البائع للمشتري كي يُحقّق له الحياة والتمتع الحرّ بالشيء المباع حتى يتوقّى مخاطر رفع يده عما يملك وأية مخاطر أخرى يدعي بها الغير على الشيء المبيع وضمان ضد أي حقّ يدعيه الغير. وقد عمل الفقيه Domoulin في القرن السادس عشر على تفسير نصوص القوانين الرومانية لتكون عوناً للقاضي الفرنسي وأوضح كيفية تحديد ما يستحقّه المشتري الذي يتعرض لمخاطر نزع اليد وأول ما يستحقّه المشتري هو استرداد الثمن المدفوع وقت العقد ثم التعويض، وهنا التعويض يختلف باختلاف الأسباب والظروف. ولقد جرى تطبيق نظرية الضمان في عقد البيع باعتباره أكثر العقود أهمية، حيث لا يكون للبائع أن ينقل ملكية الحقّ المبيع للمشتري أنما لا بدّ من توفير الحماية لهذا الحقّ عن طريق ضمان التعرض والإستحقاق .

هذه التقاليد والمفاهيم التاريخية في القانون الروماني إحتفظ بها القانون الفرنسي ولكن بعد إضفاء منظور فلسفي جديد عليها، إنتقلت بدورها إلى الكثير من القوانين التي استقت من القانون الفرنسي ومنها القانون اللبناني .

وقد عالج المشرع اللبناني موضوع ضمان التعرض والإستحقاق في عقد البيع في الباب الخاص بعقد البيع وذلك في المواد ٤٢٩ حتى المادة ٤٤١ موجبات وعقود، والتي سنعرض لها في سياق هذا البحث. واعتبر أن البائع مُلزم بأن يضمن التعرض الصادر من الغير بحيث أنه مُلزم أولاً بأن يدفع هذا التعرض بما لديه من وسائل قانونية متاحة وهذا ما يسمى بـ " ضمان التعرض " وفي حال فشله في دفع هذا التعرض بحيث استحقّ المبيع للغير يتوجب عليه حينئذٍ أن يضمن هذا الإستحقاق وذلك بالتعويض عليه عن الضرر الذي لحقه من جرّاء استحقاق المبيع، وهذا التعويض ذات طابع خاص يختلف عن التعويض الذي يستحقّ في حال إلغاء العقد أو إبطاله أو فسخه وذلك لأن نطاقه أوسع وأشمل من التعويض في الحالات الأخرى. خصوصاً أن المشرع فصلّ هذا التعويض تفصيلاً دقيقاً وحدّد عناصره حتى يكون شاملاً لجميع الأضرار التي قد تلحق بالمشتري، بحيث تولّت النصوص القانونية تحديد

عناصره وتقديرها تقديراً تفصيلياً على عكس التعويض في حالة فسخ العقد أو إغائه أو إبطاله بحيث ترك تقديره للقاضي. كما أن المشرع أعطى للفرقاء في العقد الحق في تعديل قواعد الضمان الواردة في القانون إما بزيادتها أو إنقاصها وحتى إسقاطها. فكما منح الدائن الحق في الحصول على ضمانات أكثر عن طريق زيادة الضمان أعطى للمدين في المقابل الحق في تخفيف عبء الضمان بالإتفاق على إنقاصه لا بل على إسقاطه في بعض الحالات .

كل هذه المواضيع والأحكام المتعلقة بموضوع ضمان التعرض والإستحقاق ستكون موضوع بحثنا هذا، لذا فإن بحثنا سيقسم إلى قسمين رئيسيين :

القسم الأول : الطبيعة القانونية لضمان التعرض والإستحقاق .

القسم الثاني : آثار ضمان التعرض والإستحقاق .

التصميم

- القسم الأول : الطبيعة القانونية لضمان التعرض والاستحقاق.
- الفصل الأول : ضمان التعرض الشخصي.
- المبحث الأول : شروط قيام التعرض الشخصي.
- الفرع الأول : أن يكون التعرض فعلياً.
- الفرع الثاني : أن يحول التعرض دون انتفاع المشتري بملكية المبيع.
- المبحث الثاني : نطاق ضمان التعرض الشخصي.
- الفرع الأول : التعرض المادي.
- الفرع الثاني : التعرض القانوني.
- المبحث الثالث : خصائص ضمان التعرض الشخصي.
- الفرع الأول : إلتزام مؤبد وغير قابل للتجزئة.
- أ- إلتزام مؤبد.
- ب- إلتزام غير قابل للتجزئة.
- الفرع الثاني : مدى إنتقال الإلتزام بضمان التعرض الشخصي.
- أ- عدم إنتقال الإلتزام إلى خلفاء البائع.
- ب- إنتقاله إلى خلفاء المشتري.
- الفصل الثاني : ضمان التعرض الصادر من الغير.
- المبحث الأول : شروط ضمان التعرض الصادر من الغير.
- الفرع الأول : أن يكون التعرض فعلياً ومستنداً إلى إدعاء الغير حقّ على المبيع.
- الفرع الثاني : أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع أو لاحقاً له مستمد من البائع.
- المبحث الثاني : إستلزام حسن نية المشتري كشرط رابع للمطالبة بالضمان.
- الفرع الأول : التفرقة بين الإستحقاق الكلي أو الجزئي والتكاليف بصفة عامة.
- الفرع الثاني : التفرقة بين الإرتفاقات الناشئة عن الأعمال القانونية والإرتفاقات القانونية التي ترد على الملكية.
- المبحث الثالث : نطاقه وخصائصه.
- الفرع الأول : نطاق ضمان التعرض الصادر من الغير.
- أ- في البيوع الجبرية.

ب- في حالة توالي البيوع.

الفرع الثاني : خصائصه.

أ- عدم قابلية الإلتزام بضمان تعرض الغير وقابليته للتجزئة.

ب- مدى انتقاله إلى خلفاء البائع أو خلفاء المشتري.

القسم الثاني : آثار ضمان التعرّض والإستحقاق.

الفصل الأول : آثار ضمان التعرّض الشخصي.

المبحث الأول : جزاء الإخلال بضمان التعرّض الشخصي.

الفرع الأول : التنفيذ العيني.

الفرع الثاني : التنفيذ بطريق التعويض.

المبحث الثاني : الإتفاق على تعديل أحكام الضمان.

الفرع الأول : الإتفاق على الإعفاء من الضمان.

الفرع الثاني : الإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان.

الفصل الثاني : آثار التعرّض الصادر من الغير.

المبحث الأول : التنفيذ العيني.

المبحث الثاني : ضمان الإستحقاق.

الفرع الأول : الإستحقاق الكلي.

الفرع الثاني : الإستحقاق الجزئي.

المبحث الثالث : الإتفاق على تعديل أحكام الضمان.

الفرع الأول : الإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان.

الفرع الثاني : الإتفاق على إسقاط الضمان.

القسم الأول

الطبيعة القانونية لضمان التعرض والإستحقاق

الفصل الأول: ضمان التعرض الشخصي

يستند إلتزام البائع بضمان التعرض الشخصي إلى ما أورده المشرع من نصوص في هذا الصدد. ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٤٢٨ موجبات وعقود في عبارة عامة من "أن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمي إلى غرضين أولهما: ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة، والثاني ضمان النقائص والعيوب الخفية في المبيع". ويُقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة ١٦٢٥ مدني فرنسي^١. كما نصت المادة ٤٢٩ موجبات وعقود بأنه: "وإن لم يُشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان، فالبائع مُلزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من إستحقاق الغير للمبيع كَلِّه أو لقسم منه ومن الأعباء المُدعى بها على المبيع والتي لم يصرح بها عند البيع".

وقد جاءت المادة ٤٣٩ مدني مصري أوضح لهذه الجهة بأن نصت على أن البائع يضمن للمشتري التعرض سواءً أكان صادراً منه شخصياً أو من الغير وذلك بأن نصت على "أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كَلِّه أو بعضه سواءً كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع مُلماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".^٢

كما نصت المادة ٤٣١ موجبات وعقود على "أن البائع وإن إشتراط عدم إلتزامه بضمان ما، يبقى مُلماً بضمان فعله الشخصي وكل إتفاق مخالف يكون باطلاً".

إن الإلتزام بضمان التعرض الشخصي يتمثل في إلتزام البائع بأن يمتنع عن كل تعرض للمشتري يمنعه من الإنتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً فلا يقبل منه أن يأتي عملاً يتنافى مع ما تعهد به بترك الفرصة للمشتري في أن ينتفع بالمبيع^٣ أو أن يأتي بأي عمل يتعارض مع إلتزاماته الناشئة عن العقد ويكون من شأنه المساس بحياسة المشتري للمبيع حياة هادئة وكاملة^٤ وهذا الإلتزام ينشأ من العقد ذاته دون حاجة

^١ Art.1625 : "la garantie que le vendeur doit a l'acquéreur, a deux objet : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second , les défauts caches de cette chose ou les vices rédhibitoires"

^٢ يقابل هذه المادة، المادة ٤٠٧ مدني سوري، ٤٢٨ مدني ليبي، ٥٤٩ مدني عراقي.

^٣ زهدي يكن، "شرح قانون الموجبات والعقود"، "عقد البيع"، جزء ٧، دار الثقافة بيروت -لبنان، الطبعة الأولى، بند ٩٧، ص ٢٤٢.

^٤ محمد لبيب شنب و مجدي صبحي خليل، "شرح أحكام عقد البيع"، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٦٨، ص ١٩٤.

إلى إشتراطه بل لا يجوز الإتفاق على استبعاده كلياً، فإن وجد مثل هذا الإتفاق كان باطلاً وذلك وفقاً لما جاء النص عليه في المادة ٤٣١ موجبات وعقود^١. نظراً لما ينطوي عليه من غش بتحويل البائع فرصة التعرض للمشتري رغم إلتزامه بتمكينه من الإنتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة.

فالبائع يلتزم بتمكين المشتري من وضع يده على المبيع بلا معارضة بما يتفق مع حسن النية، بحيث يتيح للمشتري الإفادة من المزايا التي يخولها له المبيع بحسب طبيعته وظروفه، أي يمتنع عليه أن يتعرض للمشتري بأية صورة، سواءً كان هذا التعرض للمشتري في الملكية أم في الحيازة، وسواءً كان هذا التعرض كلياً أو جزئياً بحيث يترتب عليه عدم الإفادة من المبيع على الوجه المطلوب.

فالقاعدة أنه ضامن على أساس عقد البيع^٢ لأن الضمان ضد نزع اليد أو حرمان المشتري من المبيع هونتيجة للموجب المعقود مع المشتري بأن يوفر لهذا الأخير حيازة هادئة^٣. فإلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي أمر يتعلق بالنظام العام، وأنه يظل ملتزماً به على الرغم من كل إتفاق مخالف.

وبما أن عقد البيع من عقود المعاوضات فإن إلتزام البائع بضمان تعرضه الشخصي هو أمر طبيعي لأنه يتفق مع هذا النوع من العقود. ولذلك يُقال أن من وجب عليه الضمان يُمتنع عليه التعرض " Qui doit garantie ne peut évincer". هذه القاعدة ناتجة عن مبدأ إقتصاد البيع نفسه إذ لا يستطيع البائع أن يسترد ما باع أو مردود ما باعه إلى الشاري بطريقة ملتوية وهذا المبدأ يساوي فيما خصّ البيع القاعدة المشهورة القائلة: "أن تعطي وأن تسترد لا يمكن حصولهما معاً".

كما أن هذه القاعدة شديدة الترابط مع فكرة الإقتصاد الأساسي للعقد التابعة للإنتظام العام: أي بند لا يحتمل البائع ضمان الفعل الشخصي يكون لاغياً لأن الشاري يكون في هذه الحالة تحت رحمة حكم البائع^(٤). وهذا ما فرضته المادة ٤٣١ م و ع بنصها: على أن: "البائع وإن اشترط عدم إلتزامه بضمان ما، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي، وكل إتفاق مخالف يكون باطلاً". ويُقابلها في ذلك المادة ١٦٢٨ من القانون الفرنسي بنصها:

^١ Art,1628 : "Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie , il demeure cependant tenu de celle qui resulte d'un fait qui lui est personnel : tout convention contraire est nulle".

^٢ توفيق حسن فرج ، "عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر لبنان - بيروت ١٩٦٨، ص ٣١٢.

^٣ موريس نخلة ، "الكامل في شرح القانون المدني دراسة مقارنة، جزء ٥ ، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ٢٠٠١، ص ١٩٦.

^٤ Alain Bénabent, droit civil, «les contrats spéciaux», 2éme éd 1995, Montchrestien. N° 21, P:131.

مترجم منه للعربية .

«quoi qu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis a aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui resulte d'un fait qui lui est personnel: toute convention contraire est nulle.»

والمادة ٤٤٦ من القانون المدني المصري حيث نصت على أنه: «إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مسؤولاً عن أي إستحقاق ينشأ من فعله، ويقع باطلاً كل إتفاق يقضي بغير ذلك». كل هذا تطبيقاً للفكرة العامة القائلة بأن كل بند يفرغ العقد من موجهه الأساسي يكون لاغياً. وقد طبق الإجتهد الفرنسي هذه القاعدة على بائع المحل التجاري، بأنه لا يسمح له بالإستيلاء على زبائن المحل المباع: وهذا ما ينظم عادةً في العقود أي "موجب عدم التنافس" الذي يلتزم به البائع، وتم الحكم لفترة معينة بـ "أن نهاية هذه الفترة لا تحرره من الموجب القانوني لضمان الفعل الشخصي الذي هو من ضمن الإنتظام العام". إن الإلتزام بضمان الفعل الشخصي ينشأ عن عقد البيع ذاته دون حاجة إلى إشتراطه، ويستوي أن يكون هذا العقد مسجلاً أم غير مسجل بحيث لا يترتب على عدم تسجيل المشتري عقد شرائه سقوط حقه في الضمان، لأن إلتزام البائع به هو من الإلتزامات الشخصية التي تنشأ عن عقد البيع بمجرد إنعقاده.^(١) لكن إلتزام البائع بالضمان مناطه ألا يكون عقد البيع باطلاً إذ لكل من المتعاقدين التمسك بالبطلان بطريق الدفع أو الدعوى.^٢

ولا بدّ من الإشارة، إلى أن كل بيع يُنشأ ضمان البائع لتعرضه الشخصي، فيتولّد منه موجب في ذمة البائع بعدم التعرّض الشخصي، فبيع المنقول (مادياً كان أم معنوياً) كبيع غير المنقول يتولّد عن كل منهما موجب في ذمة البائع بعدم التعرّض الشخصي.

والبيع المسجل كالبيع غير مسجل يتولّد عن كلّ منهما موجب الضمان، وضمان التعرض واجب في البيع القضائي وجوبه في البيع بالتراضي.

إذاً، يلتزم البائع بألا يتعرّض بنفسه إلى المشتري في حيازة المبيع سواءً كان التعرّض قانونياً أو مادياً. فلا يجوز له أن يقوم بأعمال وتصرفات من شأنها أن تُحرم المشتري من المنافع التي يحق له الإستفادة منها بفعل البيع، سواء كانت هذه الأعمال والتصرفات مباشرة أو غير مباشرة.^٣

^١ تمييز مدني مصري تاريخ ٢٩/٤/١٩٧٥، أنور طلبية، «مجموعة المبادئ القانونية»، جزء ٥، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ص ٤٤٧.

^٢ نبيل ابراهيم سعد، «البيع»، جزء ١، الطبعة الأولى ١٩٩٧، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ص ٣٤١.

^٣ الياس ناصيف، «موسوعة العقود المدنية والتجارية»، "عقد البيع" دراسة مقارنة، جزء ٨ جميع الحقوق محفوظة للمؤلف ١٩٩٥، ص ٤٧١.

إن إلتزام البائع بعدم التعرّض الشخصي هو إلتزام بالإمتناع عن عمل وهو العمل الذي يُعتبر تعرّضاً، وإللتزام بالإمتناع عن عمل يختلف في مضمونه عن الواجب العام المفروض على الكافة بإحترام حق المشتري أي بالإمتناع عن الإعتداء عليه. فقد يُعتبر الفعل تعرّضاً إذا صدر من البائع في حين أنه لو صدر من أجنبي لما اعتبر إخلالاً بالواجب العام. والمثال على ذلك: قيام بائع محل تجاري بإنشاء متجر مجاور من نفس النوع إذ أن من شأن ذلك إجتذاب العملاء من المشتري. فهذا يعتبر تعرّضاً شخصياً من البائع في حين أن غيره يستطيع القيام به. وحتى لو كان فعل البائع مما يعتبر إخلالاً بالواجب العام، فهذا إخلال بإلتزامه الناشئ عن العقد أما بالنسبة للإخلال بالواجب العام، فالمسؤولية تكون تقصيرية.^١

الأمثلة عن ضمان التعرّض الشخصي كثيرة منها: حرمان بائع ملك الغير من رفع دعوى إبطال البيع أو من رفع دعوى إسترداد العقار المبيع إذا ورثه بعد البيع عن المالك الحقيقي أو إشتراه منه أو تملكه بالتقادم المكسب. وكذلك إذا باع الوصي مالاً من أموال القاصر بدون إذن المحكمة وقع البيع باطلاً بطلاناً نسبياً، ولكن إذا ورث القاصر الوصي وإستفاد من تركته بحيث أصبح مُلزماً بالضمان امتنع عليه طلب إبطال العقد.^٢ إلى ما هنالك من أمثلة أخرى سيأتي الحديث عنها خلال هذا الفصل.

ومن خلال هذا الفصل سنعالج شروط قيام التعرّض الشخصي في (مبحثٍ أوّل) ومن ثم نطاقه في (مبحثٍ ثانٍ) وخصائص هذا التعرّض في (مبحثٍ ثالث).

^١ خميس خضر ، مقال بعنوان "شروط تحقق إلتزام البائع بضمان تعرّضه الشخصي وتعرّض الغير" مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والإقتصادية- العددان الأوّل والثاني ١٩٤٥-١٩٧٥ مارس-الشركة المتّحدة للتوزيع والنشر، ص ٣٣٧.

^٢ محمد شتا أبوسعد ، "التقنين المدني" ، "في أحكام الإلتزامات والبيع والمقايضة"، جزء ٢، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٩، ص ١٥٠٥ و ١٥٠٦.

المبحث الأول: شروط قيام التعرض الشخصي

يُعتبر تعرضاً كل فعل يصدر عن البائع ويؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها له حق ملكية المبيع. ويستوي أن يكون هذا الحرمان كلياً أو جزئياً، ويستوي أن يكون هذا التعرض مادياً أو قانونياً.^١

على أن القول بنشوء إلتزام البائع بالضمان منذ البيع، حتى ولو لم يكن مسجلاً يختلف عن مسألة أخرى، هي نشوء حق المشتري في الضمان.

ويبدو لنا من النصوص التشريعية في هذا الصدد أن حق المشتري في الضمان لا ينشأ إلا إذا حصل له تعرض فعلاً.^(٢)

كما أنه يجب لقيام ضمان التعرض الشخصي أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون إنتفاع المشتري بملكية المبيع.

لذا، يلزم لإعتبار فعل البائع تعرضاً للمشتري توافر شرطين أولهما: أن يقع التعرض فعلاً ، وثانيهما: أن يحول التعرض كلياً أو جزئياً دون إنتفاع المشتري بملكية المبيع ويضاف إلى ذلك عادةً أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع.^٣ سواءً كان المشتري قد سجل العقد أم لم يسجله بعد، إذ يكون مشتري العقار بعقد غير مسجل دائماً للبائع بالتزامات شخصية مؤداها ضمان الأخير لعدم التعرض للمشتري.^٤

من خلال هذا المبحث سنعرض لشروط قيام التعرض الشخصي من حيث وجوب وقوع التعرض فعلاً (فرع أول) ومن ثم أن يؤدي هذا التعرض إلى حرمان المشتري كلياً أو جزئياً من سلطاته على المبيع في (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: أن يكون التعرض فعلياً.

^١ نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

^٢ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق، ص ٣١٣.

^٣ خميس خضر ، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

^٤ أنور طلبية ، "الوسيط في القانون المدني"، جزء ٢، "العقود المسماة"، دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية، ١٩٦٦، ص ١٩٤.

يجب لقيام حق المشتري في الضمان أن يكون قد حصل له تعرّض فعلاً، أما مجرد وقوعه فلا يكفي، فمجرد الخشية من التعرّض لا تخول المشتري الرجوع بالضمان على البائع. فإذا هدد البائع المشتري بالتعرّض له، فلا يكفي هذا التهديد لقيام موجب ضمان البائع ما دام البائع لم ينفذ وعيده فلم يتعرّض بالفعل.¹ وإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية وبادر المشتري الثاني بالتسجيل قبل المشتري الأول، فإنقلت الملكية إليه هو دون المشتري الأول، فليس للمشتري الأول أن يحتج على البائع بضمان تعرّضه الناشئ من بيعه العقار مرة أخرى، بل ليس له أن يرفع دعوى إبطال بيع ملك الغير لأن البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليه.²

إذن، لقيام الضمان لا بدّ أن يكون فعل البائع من شأنه الإخلال بالإنتفاع المقصود من البيع سواء كان هذا الإخلال قد وقع بالفعل كما إذا اغتصب البائع الأرض المبيعة، أو كان قريب الوقوع، كما إذا عمّد البائع إلى إقامة بناء في أرض له تجاور العقار المبيع، ولكنها مثقلة بحق إرتفاق بعدم البناء لصالحه فيجب أن يكون الإخلال بالإنتفاع قد وقع بالفعل أو في الأقل قريب الوقوع ولا يكفي الخوف من وقوع التعرّض ما دام البائع لم يقم بأي فعل إيجابي.³

ينبغي أن يكون التعرّض حالاً (actuel)، أما خشية وقوع التعرّض لا تخول للمشتري هذا الحق. وفي هذا تختلف دعوى الضمان عن دعوى الإبطال في حالة بيع ملك الغير، إذ للمشتري أن يطلب البطلان حتى ولو لم يحصل له تعرّض فعلاً من المالك الحقيقي في حينه، أما في دعوى الضمان لا بدّ من وقوع التعرّض فعلاً. كما يختلف الجزاء في دعوى الضمان عنه بالنسبة للجزاء طبقاً للقواعد العامة فإذا كان يلزم في حالة الضمان وقوع تعرّض فعلاً للمشتري، فإنه يكفي طبقاً للقواعد العامة أن يتحقق المتعاقد أنه لم يكتسب حقاً إلترم المتعاقد الثاني بنقله حتى يكون له رفع دعوى الفسخ (الإلغاء) والتعويض.

¹ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel : "Traité pratique de droit civil Français" T.10

مترجم منه للعربية . 94 P : N°90 (2ème éd)

² عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني"، "البيع والمقايضة"، جزء ٤ ، منشورات الحلبي الحقوقية-الطبعة الثالثة والجديدة، بيروت ٢٠٠٠، ص ٦٢٦.

³ الياس حسواني ، "محاضرات في العقود المسماة للسنة الرابعة"، مكتب إسطنبولي، حقوق الطبع والنشر محفوظة، بيروت - شارع الكباشية ١٩٧١، ص ١٢٧.

فالمادة ٤٢٩ موجبات وعقود تنص على: "ان البائع مُلزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من إستحقاق" (Leviction qu'il souffre). وهذا يعني أن البائع لا يلتزم بنتائج التعرض قبل أن يحصل. ولا يفهم من ذلك أنه يجب أن يحصل التعرض وتنزع العين مثلاً من تحت يد المشتري، بل يكفي أن يقع تعرض فعلاً، حتى يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان. ولا شك في أن حصول التعرض لا يجعل وضع يد المشتري على المبيع مكوناً لحيازة هادئة. وهذا ما يفهم من نص المادة ٤٢٨ موجبات التي تقضي: "بأن البائع يلتزم بضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة".

إن مجرد الخشية من وقوع التعرض، لا تخول المشتري الرجوع بالضمان على البائع. وتقر محكمة النقض المصرية وجهة النظر هذه على أساس: "أن الحقوق لا تكون موجودة إلا من الوقت الذي يمكن فيه قانوناً المطالبة بها". وترتيباً على ذلك فإن حق الضمان لا ينشأ إلا من وقت منازعة المشتري في حيازة المبيع.^١

ويترتب على أنه لا بدّ من وقوع التعرض، أن البيع يبقى منشأً لإلتزام البائع بضمان التعرض، ولا يسري النقادم إلا من وقت حصول التعرض فعلاً.^٢

الفرع الثاني: أن يحول التعرض دون انتفاع المشتري بملكية المبيع

إن الشرط الثاني لقيام حق المشتري في الضمان أن يكون التعرض الذي وقع فعلاً من شأنه الحيلولة، كلياً أو جزئياً، دون إنتفاع المشتري بملكية المبيع. وبناءً على ذلك إذا لم يكن يترتب على التعرض حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها حق الملكية له فإن ذلك لا يُعتبر تعرضاً موجباً للضمان. فمثلاً قيام البائع بالغراس أو بالبناء في الأرض المجاورة للأرض المبيعة لا يُعتبر تعرضاً للمشتري في شيء ما دام لم يتعسف في إستعمال حقّه.^٣

ولكن حتى يكون البائع مُلزماً بالضمان يجب أن يكون العمل الذي قام به يتنافى مع الإلتزامات التي رتبها عليه عقد البيع أي يتعارض مع موجبات البائع. أما إذا لم يتنافى مع موجباته كان في حلّ من

^١ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق، ص ٣١٤ و ٣١٥.

^٢ رمضان أبو السعود ، "العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة"، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٢٧٨.

^٣ نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

المسؤولية حتى ولو ترتب على عمله إخلال بإنقاع المشتري. فليس ما يمنع البائع من أن يُنفذ على العقار المبيع تأميناً لدينه سواء كان هذا الدين هو الثمن أم دين آخر.^١

أما بالنسبة لمسألة حرمان المشتري من الإنقاع فهي مسألة تتعلق بالوقائع ويترك تقديرها لقاضي الأساس.^٢ ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مادياً أي مبني على سبب مادّي أم قانونياً أي مبني على سبب قانوني.^٣ فالبائع ضامن للمشتري عدم حصول التعرض من جانبه، ولو كان هذا التعرض مادياً، فلا يُشترط في تعرض البائع نفسه للمشتري أن يكون قانونياً أي مستنداً على حق يدعيه، وذلك بخلاف التعرض الصادر من الغير، حيث يُشترط لضمان البائع لهذا التعرض أن يكون قانونياً.^٤ إذاً، يكفي توافر الشروط المتقدمة حتى يتمكن المشتري من الرجوع على بائعه بالضمان.

المبحث الثاني: نطاق ضمان التعرض الشخصي

إن البائع مُلزم بأن لا يُضايق المشتري أو يعكّر ملكيته للمبيع بأية صورة من الصور، سواء بالأفعال المادية أم بفعل القانون: فلا يمكنه أن يقوم بأعمال أو تصرفات من شأنها أن تُحرّم المشتري من المنافع التي حصل عليها بفضل هذا البيع، سواء أكانت هذه الأعمال أو التصرفات مباشرة أو غير مباشرة. وهذا الإلتزام ناتج عن العقد وموجب تنفيذه بحسن نية.^٥ إذ أن موجب الضمان المُلقى على عاتق البائع يحتم على هذا الأخير عدم إتيان أي فعل من شأنه إنقاص إفادة المشتري من الشيء المشتري وتعكير إستغلاله له بشكلٍ هادئ ومفيد، وبعبارة أخرى أن الضامن لا يعود له حرمان المشتري من الإستفادة التي ينتظرها من العقد الحاصل بينهما عن طريق إتيان أعمال أو أفعال من شأنها الحدّ من هذه الإستفادة.^٦

يُعتبر نطاق تطبيق ضمان الفعل الشخصي الواقع على عاتق البائع من أوسع النطاقات، حيث أنه لا يطبق فقط على حالات التعرض القانوني إنما أيضاً على حالات التعرض الواقعي (المادّي). ويشمل

^١ الياس حسواني ، مرجع سابق، ص ١٢٧.

^٢ مترجم منه للعربية . 93 P : N°90 op . cit . Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel

^٣ تمييز مدني لبناني، غرفة ٢، قرار رقم ٢٦ تاريخ ٢٦/٢/١٩٦٠، مجموعة اجتهادات حاتم، جزء ٤٠، رقم ١ ص ٥٤.

^٤ محمد حسن قاسم ، "القانون المدني"، "العقود المسماة"، "البيع . التأمين - الضمان - الإيجار"، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان ٢٠٠١، ص ٣٠٣.

^٥ مروان كركبي ، "العقود المسماة"، "البيع - المقايضة - الإيجار - الوكالة"، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية ١٩٩٣، ص ١٣٤.

^٦ قرار صادر عن محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة ٩، تاريخ ٢٠٠٣/٢١/١٠، مجلة العدل ٢٠٠٥، الجزء ١، ص ٦٤.

ضمان البائع كل صور التعرض الصادر منه شخصياً: المادي والقانوني، الكلي والجزئي، المباشر وغير المباشر.^١

فمن ناحية أولى، يتمتع البائع عن التعرض للمشتري تعرضاً قانونياً أو مادياً. فبائع مال الغير مثلاً يتمتع عليه أن يرفع على المشتري دعوى إسترداد العقار المبيع إذا ورثه بعد البيع عن المالك الحقيقي أو إستردّه منه أو تملكه بالتقادم، لأن رفع تلك الدعوى يعتبر تعرضاً قانونياً للمشتري وكذلك بائع المحل التجاري يتمتع عليه منافسة المشتري بمزاولة نفس التجارة في نفس المكان لأن ذلك يُعتبر تعرضاً مادياً للمشتري.

ومن ناحية ثانية، يتمتع على البائع التعرض للمشتري تعرضاً كلياً في المبيع، كما لو ادعى البائع بحق إرتفاق غير ظاهر على العين المبيعة، أو تعرض أحد بائعي المال الشائع للمشتري بدعوى تبين فيما بعد أن أحد البائعين لم يكن مالكاً للحصة التي باعها.

ومن ناحية ثالثة، يلتزم البائع بالإمتناع عن التعرض للمشتري بطريق مباشر أوغير مباشر، والمثال على التعرض المباشر: حالة ما إذا باع شخص منزلاً، ثم قام ببناء حائط على أرضه التي إحتفظ بها مجاورة للمنزل، بحيث يكون الحائط قريباً إلى درجة يحجب معها النور عن إحدى شقق المنزل المبيع.

ومن قبيل التعرض غير المباشر: حالة ما إذا باع المالك العقار لمشتري ثانٍ قام بالتسجيل قبل المشتري الأول، ففي هذه الحالة تنتقل الملكية إلى المشتري الثاني الذي ينتزع العقار من الأول.^٢ وهذا يُعد تعرضاً غير مباشر من البائع، لأن المشتري الثاني يستمد حقه منه وكذلك هو الأمر فيما لو طلب المتقاسم إبطال القسمة توصلاً إلى التحلل من البيع الصادر منه في نصيبه المفرز.

إلا أن هناك بعض الحالات التي لا يُعتبر فيها فعل البائع تعرضاً، ويكون ذلك عندما يقوم المالك ببيع عقار من عقاراته مجاور لعقارات أخرى مملوكة له، إذ يكون للبائع أن يقوم بكافة الأعمال التي يخولها له حق الملكية، شرط ألا يتعسف في استعمال حقه وللبائع أيضاً، أن يقوم بكافة الأعمال التي يخولها له القانون، كما لوطلب إبطال العقد إستناداً إلى النظام العام، فلا يُعد هذا تعرضاً.

^١ محمد حسين منصور ، "شرح العقود المسماة في مصر ولبنان"، جزء ١، "البيع والمقايضة"، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان ١٩٩٥، ص ١٢٤.

^٢ توفيق حسن فرج ، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

كما أن تمسك البائع بحقوقه المستمدة من عقد البيع ذاته لا يُعد تعرضاً منه، ولو كان يترتب عليه نزع ملكية المبيع من يد المشتري. فمطالبة البائع بإبطال عقد البيع لغلط أو تدليس أو إكراه شاب إرادته لا يُعد تعرضاً للمشتري. وقيام البائع بإتخاذ إجراءات التنفيذ على العين المبيعة لإستيفاء الثمن الذي إمتنع المشتري عن الوفاء به، لا يُعد كذلك تعرضاً من البائع يلتزم بالإمتناع عنه، لأن البائع إنما يتمسك بحق مستمد من عقد البيع ذاته.^١

إذن، لكي يُعتبر فعل البائع تعرضاً للمشتري، يجب أن يقع منه ما يُخل بإنتفاع هذا الأخير بالمبيع، أو يحول دون إنتفاعه به كلياً أو جزئياً، وبصرف النظر عما إذا كان التعرض يقوم على سبب مادّي وهذا ما يعرف بالتعرض المادي (فرع أول) أو يقوم على سبب قانوني وهذا ما يعرف بالتعرض القانوني (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: التعرض المادي

إن التعرض المادي هو الذي يجعل ضمان الفعل الشخصي يأخذ خاصيته: فالبايع الذي لا يضمن التعرض المادي (الواقعي) إذا ما صدر عن الغير يجب أن يمتنع عن القيام بأي عمل يزعج الشاري في إمتلاكه لما اشترى.^٢

فالتعرض المادي هو الذي لا يستند فيه البائع إلى الإدعاء بحق، أي هو كل فعل يصدر عن البائع ويكون من شأنه أن يُخل بإنتفاع المشتري بالمبيع دون أن يستند إلى إجراءاته إلى حق يدّعيه.^٣ فالتعرض المادي يكون بأي فعل مادي يُعكّر به البائع حياة المشتري بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ويلتزم البائع بأن يمتنع عن التعرض المادي للمشتري ولو كان الفعل المكون لهذا النوع من التعرض ليس في ذاته خطأ ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضار بل يُعتبر فعلاً جائزاً للغير، وذلك لأن البائع يختلف عن الغير في أنه نقل إلى المشتري مزايا ملكية المبيع والإنتفاع به، فصار مُلزماً أن لا يفوت هذا الإنتفاع على المشتري ولو بإستعماله حقاً آخر له أو رخصة يخوله القانون إياها.^٤

^١ أنور سلطان & جلال العدوي ، العقود المسماة «عقد البيع»، دار المعارف بمصر ١٩٦٦، ص ٢٩٠.

^٢ مترجم منه للعربية. Alain Benabent, op . cit , N°212 , P : 132

^٣ غنى حسون طه ، "الوجيز في العقود المسماة"، جزء ١ ، "عقد البيع"، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧٠، ص ٢٧٤.

^٤ سليمان مرقس ، "الوافي في شرح القانون المدني" ، "عقد البيع وعقد الكفالة"، جزء ٧، المنشورات الحقوقية - صادر ١٩٩٣، ص ٥٢٠.

ومثال التعرض المادي: كما لو قام بائع المؤسسة التجارية بإفتتاح مؤسسة تتعاطى الأصناف نفسها التي تتعاطاها المؤسسة المبيعة وفي موقع مجاور لها.^١ فينافس المشتري في زبائنه السابقين ويجتذبهم إليه بحكم العادة. فهنا تكون المنافسة غير مشروعة لأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري في إنتقاعه بالمبيع.^٢ حيث يُعتبر تعرضاً مادياً كل الأعمال والمحاولات التي من شأنها أن يحتفظ بها البائع أو يسترد عملاء المحل كلهم أو بعضهم. كما لو قام البائع بإرسال نشرات إلى عملائه السابقين أو غير ذلك من الأعمال التي تهدف إلى جذب عملاء المحل المبيع. ولكن دعوى المشتري في مثل هذه الحالة تؤسس لا على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن المزاحمة غير المشروعة، وإنما على المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالتزام الضمان.^٣ وقد إعتبرت محكمة الإستئناف المدنية أنه: "ولئن كان موجب الضمان المتمثل بمنع إنشاء مؤسسة جديدة من شأنها مزاحمة المؤسسة المبيعة هو بطبيعته موجب شخصي مُلقى على عاتق البائع بحيث لا يتعدى مبدئياً هذا الخطر شخص بائع المؤسسة ليطال أفراد عائلته، إلا أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا كان أحد هؤلاء تربطه علاقات وثيقة بمعيشة التاجر وسيرته وحياته العملية وهو يشاركه إياها، كالأولاد والأهل الذين يتعاملون مع زبائنه ومورديه ويواكبون طريقة تعامله معهم وبالتالي يشاركونه الإتصال بهم ويصبحون على معرفة وثيقة بهم مما يسهل عليهم إجتذاب هؤلاء الزبائن وإلحاقهم بالمؤسسة الجديدة، فتضحى عندها المنافسة من قبلهم أمراً وارداً من شأنه أن يلحق ضرراً مؤكداً بالشخص الذي إشتري المؤسسة لأن الهدف من موجب عدم المزاحمة تمكين هذا الأخير من إستثمار مؤسسته بشكل هادئ والإنتقاع من زبائنها بصورة طبيعية دون أية منازعة من أشخاص منافسين يتمتعون بميزات ومؤهلات خاصة تختلف عن تلك العائدة لأي منافس عادي تنقصه المؤهلات المذكورة"^٤. إلا أنه ثار خلاف حول ما يُعتبر تعرضاً من الأفعال التي يقوم بها بائع المحل التجاري والتي تؤدي إلى حرمان المشتري من مزايا حقّه. فذهب البعض إلى أن مجرد فتح محل مماثل في الجهة التي بها المحل المبيع، على الأقل في وقت قريب، يُعتبر تعرضاً يجب على البائع أن يمتنع عنه. ويرى البعض الآخر أن فتح المحل التجاري لا يُعتبر تعرضاً إلا إذا إتضح أن البائع قد عمل على جذب عملائه السابقين إلى محله الجديد كأن يستعمل نفس الإسم القديم ويبعث نشرات إلى العملاء يقصد بها توجيههم إلى محله الجديد.

^١ الياس ناصيف ، مرجع سابق، ص ٤٧١.

^٢ Aubry et Rau par Esmein : "Cours de droit civil Français" , T . 5 (6ème éd) Paris 1949 , N° 355

مترجم منه للعربية . P : 62

^٣ رمضان أبو السعود ، مرجع سابق، ص ٢٧٨ و ٢٧٩.

^٤ قرار محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة ٩، تاريخ ٢٠٠٣/١١/٢٠، مجلة العدل ٢٠٠٥، جزء ١، ص ٦٤ و ٦٥.

كما يرى البعض أن فتح المحل التجاري يُعتبر تعرّضاً إذا ترتب عليه فعلاً إنصراف العملاء من المحل المبيع إلى المحل الجديد ولو كان البائع لم يقيم من جانبه بأي عمل إيجابي.^١ ويرأى أن مسألة فتح البائع لمحل تجاري بالقرب من المحل المباع لا يُشكل بحدّ ذاته تعرّضاً للمشتري طالما لم يكن من شأنه أن يؤثر على زبائن المحل المباع وجذبهم . فالمعيار هنا هو في مدى تأثير المحل التجاري في جذب الزبائن أو عدم جذبهم.

وهناك أيضاً ممارسات أخرى يمكن تصورها: بائع الأرض الواقعة مثلاً بمحاذاة البحر لا يحق له البناء على الأرض المحاذية بشكل يحجب المنظر المدفوع ثمنه، كما أن بائع براءة الاختراع لا يحق له دوام استخدام اختراعه، حتى لو نازع في شرعية براءة الاختراع ، تحت هذا العنوان بالذات، كما لا يحق للبائع الاحتفاظ بمفاتيح أو مخططات الأملاك المباعة ولا إطلاع الغير عليها.^٢

ويقسم الفقه التعرّض المادي إلى قسمين: قسم يقوم على أعمال مادية بحتة يأتيها البائع بغير حق، وقسم آخر قوامه تصرف قانوني صادر من البائع إلى شخص آخر،^٣ سواء قبل البيع أو بعده ويكون من شأنه أن يحول دون إنتفاع البائع بملكية المبيع.

مثال القسم الأول الذي يقوم على أعمال مادية محضّة هو المثل الذي تمت الإشارة إليه فيما سبق وهو أن يبيع شخص متجراً لآخر، ثم يعود إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عملائه، فهنا المنافسة غير مشروعة، لأن البائع يضمن عدم تعرّضه للمشتري في إنتفاعة بالمبيع. ولكن لو أن أجنبياً هو الذي أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة ما دامت في حدود المنافسة المألوفة بين التجار وذلك لأن الأجنبي غير مُلتزم للمشتري بعدم التعرض. أما إذا تعرّض البائع للمشتري بأي عمل من أعمال العنف أو التعدي، فإنه يكون مسؤولاً عن عمله كأبي شخص آخر إرتكب عملاً غير مشروع، لا كبائع مُلتزم بضمان التعرّض.^٤

مثال آخر عن التعرّض المبني على سبب مادي محض أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه ثم يعيد طبعه قبل نفاذ نسخ الطبعة التي باعها.^٥ أو أن يقوم المخترع بإستغلال إختراعه بنفسه رغم سبق بيعه براءة

^١ منصور مصطفى منصور ، "العقود المسماة"، البيع والمقايضة والإيجار"، دار المعارف بمصر ١٩٥٦ و١٩٥٧، ص ١٥١.

^٢ مترجم منه للعربية. Alain Benabent, op . cit , N°211 , P : 132

^٣ محمد حسن قاسم ، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

^٤ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٢٨.

^٥ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣١٧.

هذا الإختراع، أو أن يبيع شخصاً مصنعاً يعتمد في توليد الكهرباء على مسقط مياه بقي في ملك البائع، ثم يغير البائع مسقط المياه فيمنع توليد الكهرباء أو يقللها. أو أن يبيع مالك بئراً ثم يحفر في ملكه بالقرب من البئر فيؤدي ذلك إلى إنقطاع أو إنقاص مياه البئر المبيع، أو بيع أحدهم عقاراً يضم بعض المسابح التي يتم تأمين المياه اللازمة لها من نبع مياه يقع في عقار آخر، فيعمد البائع إلى قطع المياه أو تحويلها عن العقار المبيع.

أما القسم الثاني من التعرض المادي الذي قوامه تصرف قانوني صادر من البائع إلى شخص آخر، إذ يعتبر هذا التصرف بالنسبة للمشتري بوصفه من الغير واقعة مادية. كما إذ تصرف البائع إلى الغير تصرفاً قانونياً يُعد تعرضاً للمشتري، بأن باع العقار الذي سبق بيعه إلى مشتري ثانٍ قام بالتسجيل قبل المشتري الأول.¹ فتنقل الملكية إلى المشتري الثاني وينزع العقار من يد المشتري الأول. أو أن يُعيد البائع بيع المنقول ويبادر إلى تسليمه إلى المشتري الثاني حسن النية دون الأول.

في هاتين الحالتين تنتقل الملكية إلى المشتري الثاني، والتعرض هنا هو تعرض صادر من كل من المشتري الثاني والبائع في وقت واحد. فإذا تعرض المشتري الثاني للمشتري الأول كان هذا التعرض صادراً من الغير، ولكنه يعتبر أيضاً تعرضاً غير مباشر من جانب البائع لأن المشتري الثاني استمد حقه منه.

وقد يصدر التصرف القانوني من البائع قبل صدور البيع لا بعده. فإذا باع شخصاً عقاراً أو منقولاً إلى مشتري أول، ثم باعه إلى مشتري ثانٍ، فالبيع الثاني يكون بيع ملك الغير، وقد يجيزه المشتري الثاني فيرجع على البائع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانوني صدر قبل البيع.²

التعرض المادي إذاً، إما أن يكون مبنياً على أعمال مادية محضّة، أو على تصرفات قانونية صادرة عن البائع ولكنها تعتبر واقعة مادية بالنسبة للمشتري.

إلا أنه لا بدّ من الإشارة، إلى أن التعرض الواقعي (المادي) يفقد شيئاً من قوته عندما يكون البائع ما زال يمتلك شيئاً ممكن أن يلحق إستعماله الضرر بحقوق الشاري. وهنا نجد قاعدتين متضاربتين، تغطي الثانية فيها الأولى. فمن جهة أولى: الضمان ليس للبائع الحق بالقيام بأمر حتى ولو كانت شرعية تفقد الشاري بعض الإيجابيات التي يمنحها إياها الشيء موضوع الشراء (المبيع)، في الحالة التي تمت به

¹ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣١٧.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٢٨.

شراءه. ومن جهة ثانية: خاصيات الملكية، يحق للبائع أن يقوم فيما يخص الشيء الذي يحتفظ بملكيته، بجميع الأعمال الطبيعية للمالك، وهذه الأعمال قد تُلحق الضرر بالمتملك ويكون البائع مسؤولاً عن هذا الضرر تحت عنوان الضمان إذا ما عرف كيف يحصر حقوقه بالشيء الذي ما يزال يحتفظ به¹.

الفرع الثاني: التعرض القانوني

إن الضمان القانوني المتوجب على البائع من جراء فعله الشخصي يعني أن يمنع نفسه من التعرض للحق الذي نقله إلى الشاري. فلا يقف التزام البائع عند حدّ ضمان التعرض المادي الصادر منه، بل إنه يشمل ضمان التعرض القانوني أيضاً. والتعرض القانوني هو التعرض المبني على سبب قانوني، بغض النظر عن ثبوته أو عدم ثبوته، وبغض النظر أيضاً عن كونه حقاً عينياً أم شخصياً، أو كونه صحيحاً أم باطلاً.

ويكون التعرض قانونياً عندما يكون مرتكزاً على إدعاء حق من البائع تجاه المشتري يؤدي إلى حرمانه كلياً أو جزئياً من سلطاته كمالك للحق المبيع²، أو يؤدي إلى حرمانه من كل أو بعض منافع الحق المعقود عليه أو الحق ذاته، أي بأن يدعي أن له حقاً على الشيء المعقود عليه، وإستحقاقه هو لهذا الشيء، دون أن يكون ذلك بناء على حق يخوله له القانون، أو يستمدّه من العقد المبرم.

وقد يبدو غريباً أن يتعرض البائع للمشتري بإدعاء حق على المبيع، وقد تجرد عن الملكية كلها للمشتري بحيث لم يبق له على المبيع حقاً ما. ولكن مع ذلك فإن وقوع التعرض القانوني من جانب البائع أمر متصور. فيكفي مثلاً أن نفترض أن على العقار المبيع ولصالح عقار آخر يملكه البائع إرتفاقاً غير ظاهر لم يعلم به البائع المشتري وقت البيع. فمثل هذا الإرتفاق لا يجوز للبائع التمسك به ضد المشتري³.

¹ , Phillippe Malaurie, Laurent Aynés, Pierre-Yves Gauthier: "Les contrats spéciaux" ,

مترجم منه للعربية . P : 217 (2éme éd 2005) Défrénois .

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

³ عبد المنعم البدرأوي ، "عقد البيع في القانون المدني"، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الثانية ١٩٥٨، ص ٤٤٠ - ٤٤١.

إذن، التعرّض القانوني يقوم بإدعاء البائع حقاً قانونياً على المبيع، كما لو ادّعى أنه مالك للمبيع أو صاحب حق عيني عليه، كحق إرتفاق أو إنتفاع، أو صاحب حق شخصي، بأن ادّعى أنه مستأجر.^١ سواءً كان الحق المدّعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له.^٢

ومثال الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً، وقبل أن يسجل المشتري البيع أي قبل أن تنتقل إليه الملكية من البائع، يرفع هذا الأخير على المشتري دعوى إستحقاق باعتبار أنه ما يزال مالكاً للعقار، فيدفع المشتري الدعوى بضمان البائع للتعرّض الصادر منه،^٣ " فمن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرّض". أو بعبارة أخرى " لا يجوز الإسترداد لمن وجب عليه الضمان لأن الإسترداد والضمان لا يجتمعان". ومعنى هذه القاعدة "من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرّض" أن البائع لا يستطيع أن يسترد الشيء المبّيع ولو على أساس آخر، أي بناءً على أي سبب مهما كان، أو أن يستعمل عليه حقاً ما، لأنه بوصفه بائعاً ملزم بالضمان.^٤ وهكذا يفسر ضمان الفعل الشخصي بعدم جواز قبول المزاعم بأن البائع يستند إلى قواعد غريبة عن البيع حتى لو كانت مبررة بذاتها فإن هذه المزاعم يُشَل عملها مع وجود موجب الضمان.^٥

ومثال الحق اللاحق للبيع، أن يكون البائع قد أفرز المبيع، بموجب قسمة قابلة للإبطال، ثم باعه بعد ذلك فلا يجوز له أن يُطالب بإبطال القسمة، لئلا يبطل البيع ويكون هذا التصرف تعرّضاً منه مبنياً على سبب قانوني.^٦ أو أن يبيع شخصاً عيناً غير مملوكة له ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة.^٧ فإذا رفع البائع دعوى على المشتري يُطالب فيها بإستحقاق المبيع باعتباره أنه مالك له كان هذا تعرّضاً قانونياً منه لا يجوز، عندئذٍ يجوز للمشتري، أن يدفع دعوى البائع بموجب ضمان التعرّض الصادر منه ويُراعى في هذه الحالة أن القانون عمّد إلى طريق أقصر إذ جعل الملكية في هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع.

^١ ابراهيم أبو النجا ، "عقد البيع في القانون المدني الليبي"، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية، الطبعة الأولى ١٩٩٧، ص ١٣١.

^٢ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٢٩.

^٣ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

^٤ عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

^٥ مترجم منه للعربية. Alain Benabent, op . cit , N°211 , P : 132

^٦ مترجم منه للعربية. Aubry et Rau par Esmein : N° 355 P : 78

^٧ خميس خضر، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

إن بيع ملك الغير، ولو أنه قابل للإبطال، إلا أنه يترتب إلتزاماً بالضمان على البائع، فلا يكون له أن يطلب بطلان البيع، إذ يُعد هذا تعرضاً للمشتري. وقد حسم المشرع هذا الموضوع في المادة ٣٨٥ من قانون الموجبات والعقود فنصت على أنه: "لا يجوز للبائع أن يدعي بطلان العقد بحجة أن المبيع إنعقد على ملك الغير".

ومن أمثلة الحق اللاحق للبيع: أن يتصرف الشركاء على وجه الشيوخ في المال الشائع للبيع ثم يتعرض أحدهم بعد ذلك للمشتري محتجاً أن أحد البائعين لم يكن مالكاً وقت البيع، فيعدّ هذا تعرضاً قانونياً منه لا يجوز.

قلنا، أن الإدعاء بالحق اللاحق للبيع، الذي ينتقل إلى البائع بعد البيع بسبب من أسباب كسب الملكية، ومن هذه الأسباب: "الإرث، الوصية، العقد، الشفعة". أما الإستيلاء فهو غير متصور في حالتنا هذه، إذ أنه يُفترض أن الشيء المباح غير مملوك لأحد في حين أن المبيع هو شيء غير مباح إذا سبق للبائع بيعه.

وكذلك الإلتصاق لا يرد من الناحية العملية، إذ يصعب إفتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بناء بهذه المواد على أرض البائع فملكها البائع بالإلتصاق، ولو تحقق هذا الفرض فعلاً فليس ثمة ما يمنع من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالإلتصاق ويلتزم بدفع القيم المنصوص عليها قانوناً.^١ تبعاً لما إذا كان سيء النية أو حسن النية.

ولكن بقي من أسباب التملك وكسب الملكية التقادم، فهل يُعتبر تملك البائع أو ورثته المبيع بالتقادم تعرضاً للمشتري؟ هذا ما سنعالجه في المبحث الثالث الخاص بخصائص ضمان التعرض الشخصي.

إلا أنه لا بدّ من الإشارة، إلى أن ليست كل مطالبة من البائع بحق ما تعتبر تعرضاً، إذ أن هناك حقوق مشروعة للبائع ناتجة عن العقد من حقه القيام بحمايتها، كأن يقوم بطلب التنفيذ الجبري إستيفاء للثمن، أو أن يطلب إبطال العقد المعيب، أو فسخ العقد في حالة عدم دفع المشتري للثمن^٢. فإذا لم يكن بإستطاعة البائع عبر رفع دعوى قضائية، أن يشكك بملكية الممتلك، لكن بإستطاعته رفع دعوى بطلان لعلة الغبن، أو دعوى إلغاء لأن له الحق بنقد العقد الشاذ.

^١ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٢٩.

^٢ مروان كركبي، مرجع سابق، ص ١٣٦.

إذن، فإن ضمان الفعل الشخصي يمنع حدوث بعض الدعاوى والوقائع، في حين أن الضمان ضد الغير يهدف إلى جعل البائع يحمي الممتلك من حقوق الغير^١. وهذا ما سنتحدث عنه في الفصل الثاني من هذا القسم.

المبحث الثالث: خصائص ضمان التعرض الشخصي

يتميز الإلتزام بضمان التعرض الشخصي بخصائص هامة تتكامل مع بعضها البعض لتبرز أهمية الإلتزام البائع بعدم التعرض الشخصي للمشتري. والفائدة من هذا الإلتزام ومن ضرورة أن يحوز المشتري الشيء المبيع حيازة هادئة تمكنه من ممارسة كافة الأعمال والسلطات التي يخولها له حق ملكية المبيع.

ويثور البحث بصدد كلامنا عن خصائص ضمان التعرض الشخصي عما إذا كان هذا الإلتزام هو إلتزام دائم ومؤبد أم أنه إلتزام مؤقت؟ وما إذا كان قابلاً للإنقسام أو التجزئة أم أنه غير قابل لذلك، ومدى إمكانية إنتقاله إلى الورثة والخلف الخاص؟

ومن خلال هذا المبحث سنعالج الخصائص التالية: الإلتزام بضمان التعرض الشخصي إلتزام مؤبد وغير قابل للإنقسام في (فرع أول) ومدى إنتقاله إلى خلفاء البائع والمشتري في (فرع ثان).

الفرع الأول: إلتزام مؤبد وغير قابل للتجزئة

إن الحديث عن خصائص الإلتزام بالضمان يستوجب منا البحث عما إذا كان هذا الإلتزام دائماً ومؤبداً وما إذا كان قابلاً للتجزئة أو للإنقسام. لذا لا بد من إبرازهايتين الخاصتين بإعتبارهما خاصتين مميزتين. فنستعرض للخاصية الأولى وهي أن الإلتزام بالضمان هو إلتزام مؤبد في الفقرة (أ) ومن ثم للخاصية الثانية وهي أن الإلتزام بالضمان غير قابل للتجزئة في الفقرة (ب).

أ- إلتزام مؤبد

إلتزام البائع بالضمان يعتبر إلتزاماً دائماً مؤبداً، ويُقصد بذلك أنه لا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري في أي وقت مهما طال الزمن على إنعقاد البيع.^٢ إن إلتزام البائع بضمان التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع أو عدم منازعته فيه هو إلتزام أبدي يتولّد عن عقد البيع ولو لم يشهر فيتمنع على البائع أبداً

^١ مترجم منه للعربية. Phillipe Malaurie, Laurent Aynés, Pierre-Yves Gauthier:op . cit. P : 218

^٢ اسماعيل غانم ، "مذكرات في العقود المسماة" ، "عقد البيع" ، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٨ ، ص ١٧٠.

التعرّض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرّض.^١ وهذا الإلتزام نابع من العقد وموجب تنفيذه بحسن نية وهذا الموجب هو موجب دائم على عاتق البائع لا يسقط بمرور الزمن.^٢

وقد بيّنّا فيما سبق أن إدّعاء البائع بحق على المبيع بالإستناد إلى سبب من أسباب كسب الملكية كالميراث أو الوصية أو العقد أو الشفعة يعتبر تعرّضاً قانونياً منه لا يجوز. ولكن بقي من أسباب كسب الملكية مرور الزمن، فهل يُعتبر تمسك البائع بتمكّك المبيع بمرور الزمن تعرّض من قبله للمشتري؟ ولكن قبل أن نعرض لموقف القضاء اللبناني في هذا الموضوع لا بدّ لنا أن نعرض أولاً لموقف كل من القضاء الفرنسي والمصري في هذا الصدد لنحدد فيما بعد موقف القضاء اللبناني لهذه الجهة. وفي هذا الخصوص قضت محكمة التقض الفرنسية: "إن الإلتزام البائع بضمان التعرّض هو الإلتزام دائم بالنسبة إلى البائع ولا يكون له أن يتخلص من هذا الإلتزام مهما طال الزمن. فليس له أن يتمسك قبل المشتري بالتقادم المكسب بالنسبة للمبيع إذا ظل تحت يده (يد البائع) خلال مدة التقادم، وذلك نظراً لأن طالما كان مُلزماً بالضمان، فإنه يظل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية، وللمشتري أن يدفع دائماً قبل البائع بالضمان الذي يعتبر دائماً.^٣ أما محكمة النقض المصرية، فقد ذهبت إلى عكس ذلك، وأجازت للبائع وازع اليد التمسك بالتقادم المكسب ضد المشتري إستناداً إلى أنه: "متى كان الأساس التشريعي للتمسك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للتمسك لدى وازع اليد، كان القول بأن تمسك البائع بإكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وإنتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرّضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونياً - كان هذا القول مخالفاً للقانون"^٤ ويساندها في ذلك العديد من الشراح. ومعنى ذلك، أنه إذا توافرت شروط وضع اليد، وكانت الحياة مستوفية للشروط القانونية، وإستمرت ١٥ سنة (مدة التقادم في القانون المصري)، إكتسب الملكية بالتقادم لتوافر شروطه. وبالتالي فإن إلتزام البائع بالضمان يظل دائماً، سواء إنتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل في حالة العقار أو لم تنتقل لعدم إتخاذ إجراءاته. فإذا بدأ البائع في التعرّض للمشتري بأن إمتنع عن تسليمه العين وإتخذ مظاهر وضع اليد بقصد التملك، قام حق المشتري في الضمان منذ ذلك الحين. ولكن إذا إنقضت مدة التقادم من وقت وقوع التعرّض، أو بصفة عامة من وقت قيام البائع بما

^١ محمد السيد خلف ، "عقد البيع"، دار الفكر والقانون القاهرة - المنصورة ٢٠٠٠، الطبعة الثانية، ص ٣٩٠.

^٢ مروان كركبي، مرجع سابق، ص ١٣٤.

^٣ توفيق فرج ، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

^٤ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨١.

يدل على إنكاره حق المشتري، وتوافر أسباب وضع اليد لديه، دون قيام المشتري بإتخاذ أي إجراء قاطع للتقادم. ولكن هنا يجب التفريق بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت الملكية قد انتقلت إلى المشتري بأن كان قد إتخذ إجراءات التسجيل في العقار، فإن البائع يكتسب الملكية بالتقادم الطويل كما تسقط دعوى المشتري في الضمان، لأنها دعوى شخصية. ومدة التقادم في دعوى الضمان لا تبدأ إلا من وقت التعرّض. ولكن لا بدّ من التوضيح إلى أن الملكية لا تسقط بالتقادم عن المشتري، نظراً إلى أن دعوى الإستحقاق التي تحميها لا يرّد عليها التقادم المسقط ذلك أن الملكية على عكس كافة الحقوق الأخرى، لا تسقط بعدم الإستعمال، فدعوى الإسترداد التي تحميها لا يرّد عليها التقادم المسقط.¹ إلا أن هذه الدعوى يُعطى حق البائع الذي إكتسب الملكية بمضي المدة. فإذا لم يُطالب البائع بالملكية على أساس التقادم، لا يحق له أن يدفع بسقوط دعوى الإستحقاق التي يرفعها عليه المشتري.²

الفرض الثاني: إذا كانت الملكية لم تنتقل إلى المشتري بالتسجيل في العقار، وظلت على إسم البائع. في هذه الحالة إذا حصل تعرّض من البائع وجب الضمان للمشتري منذ ذلك الحين. فإذا سكت المشتري رغم ذلك، ترتب على هذا سقوط دعوى الضمان التي نشأ له الحق فيها منذ وقوع التعرّض، إذا مضت ١٥ سنة على وقوع هذا التعرّض. ومن المعلوم أن دعوى الضمان هي من الدعاوى الشخصية التي تخول للمشتري منذ نشوء الحق فيها، حتى ولو لم يكن عقد البيع مسجلاً.

ومن هنا، فإن دعوى الضمان تسقط بالفرضين بمرور ١٥ سنة من وقت حصول التعرّض فعلاً. فإذا لم يحصل التعرّض يبقى البائع ضامناً، وبالتالي يكون للمشتري أن يطلب إليه تسليم المبيع أو أن يرفع دعوى صحة التعاقد دون الإعتراض على ذلك من البائع لإلتزامه بالضمان.

هذا عن موقف كل من القضاء الفرنسي والمصري بهذا الصدد، وقد تبين لنا أن كل منهما متفق على أن الإلتزام بالضمان هو إلتزام دائم، ولكنهما يختلفان لجهة تملك البائع المبيع بالتقادم المكسب، فلكل منهما وجهة نظر مختلفة وقد بينها فيما سبق. ولكن ماذا عن وجهة نظر القضاء اللبناني؟ وما هو الحكم في ظل القانون اللبناني؟

¹ اسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ١٧١.

² نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٤٦-٣٤٧.

كما سبق وبيننا أن الإلتزام بالضمان هو الإلتزام دائم يتولّد عن عقد البيع الصحيح، ولو لم يكن هذا العقد مقيداً في السجل العقاري. ولهذا يكون للمشتري أن يُطالب البائع بإتخاذ ما يلزم للقيّد في السجل العقاري ويتسليم المبيع، مهما طال الأمد على إنعقاد البيع.

إن الإجتهد في لبنان وعلى رأسه محكمة التمييز، وبالرغم من أن النصوص متشابهة بين القانونين اللبناني والفرنسي وكذلك المصري بشأن أحكام الضمان في البيع، إلا أن الإجتهد اللبناني أخذ برأي معاكس لما سار عليه الإجتهد في فرنسا واعتبر أن البائع يستطيع كسب ملكية العقار المبيع بمرور الزمن، رغم موجب الضمان الملقى على عاتقه، إن إستجمع هذا التصرف شروطه، وكان بذلك متجاوباً مع الإجتهد المصري بهذا الصدد.

وتعتبر محكمة التمييز اللبنانية أنه : "متى إنتقلت الملكية للمشتري من جراء التسجيل فإن وضع يد البائع على العقار المبيع لا يعتبر دون وجه حق وليس له بالتالي صفة الحائز المؤقت كالمستأجر والوديع، حيث أن حيازته لا تستمد إلى عقد يوليه الإنتفاع بالعقار مدة معينة يعيده بعدها لمالكة، بحيث يخول كسب ملكية العقار المبيع من جراء تصرفه المكسب للملكية مدة مرور الزمن، وحيث أن المحكمة وقد إستثبتت أن تصرف البائع بالعقار هو تصرف المالك بملكه فأعتبرت أن هذا التصرف يكسبه الملكية، لا تكون قد خالفت أحكام المادة ٤٣٠ موجبات وعقود".^١

وفي قرار سابق لها إعتبرت محكمة التمييز اللبنانية أنه: "إذا أهمل المشتري أمر إستلام المبيع، وظل البائع واضحاً يده عليه دون أن تبدو من المشتري أية مطالبة بالإستلام، وكان البائع ظل يمارس التصرف بنية التملك فإن هذا التصرف من شأنه أن يمكن البائع من تملك المبيع بالتصرف لأن هذا التملك جاء لاحقاً لعقد البيع ومستقلاً عنه، ونتيجة لإهمال المشتري أمر إستلام العقارات المبيعة".^٢

وقد قررت المحكمة "أن مرور الزمن يبدأ من تاريخ توجب تسليم المبيع". وذلك باعتبار أن هذا الوقت هو الذي بدأ فيه إهمال المشتري وقعوده عن إستلام المبيع، وأن البائع قد بدأ يغيّر سبب حيازته ويحوز بنية التملك، وفي سكوت المشتري وإهماله عن المطالبة بالمبيع ما يدعم هذا القصد.

^١ تمييز مدني لبناني قرار ٥٧ تاريخ ٢٧/١٠/١٩٧٢، مجموعة اجتهادات حاتم، جزء ١٤٣، رقم ١، ص ٤٨.

^٢ تمييز مدني لبناني، قرار رقم ٩٢، تاريخ ٣٠/١/١٩٦٠، مجموعة باز، جزء ٨، ص ١٥٣.

والواقع أنه لا يكفي أن يتخذ البائع موقفاً سلبياً، "دون أن يقوم بفعل شخصي مادّي أو قانوني يفيد التعرّض لحق المشتري"^١، بل لا بدّ من إتخاذ مظاهر إيجابية تفيد تعرّضه لحق المشتري وأنه غير سند حيّزته، خاصةً وأن نية التملك لا تُفترض. ولا يكفي أن تكون حيّزة البائع حيّزة عارضة، بل لا بدّ من توافر ركني الحيّزة المادّي والمعنوي، فالحيّزة العارضة التي قد تقوم منذ البيع لا تكفي لإكتساب الملكية بمرور الزمن. إلا أن المحكمة لم توضح ما إذا كان الأمر يتعلق بعقارات مقيدة في السجل العقاري أم غير مقيدة. ولهذا نرى في ظل القانون اللبناني أنه إذا تعرّض البائع للمشتري بعد البيع بأي وجه من أوجه التعرّض أو إتخذ من المظاهر ما يفيد إنكار حقّه، وتحقق الضمان بذلك، كان للمشتري الرجوع على البائع بالضمان. فإذا سكت المشتري رغم ذلك فإن حقّه في الرجوع على أساس الضمان، وهو حق شخصي، يسقط طبقاً للقواعد العامة بمضي مدة ١٠ سنوات تبدأ من تاريخ حصول التعرّض.^٢ وهذه المدة حدّدها المادة ٣٤٩ موجبات وعقود حيث نصت على: "أن مرور الزمن المسقط للموجبات يتم في الأساس بعد إنقضاء عشر سنوات"^٣

فإذا كانت دعوى الضمان تسقط على هذا النحو، فما هو الحكم بالنسبة لإكتساب الملكية؟

يجب أن نفرق بين أمرين:

الأمر الأول: إذا لم يكن المشتري قد قام بقيد العقد في السجل العقاري في حالة العقار، فإن الملكية تظل على إسم البائع، والفرص أن المبيع كان تحت يد هذا الأخير، لا يتغيّر الأمر إذ يظل مالكاً. وكل ما هنالك أنه لا يكون للمشتري، بعد مرور مدة التقادم من تاريخ التعرّض، الحق في رفع دعوى الضمان إذ يسقط حقّه في الضمان بمرور الزمن.

الأمر الثاني: إذا كانت الملكية قد إنتقلت إلى المشتري بالقيد في السجل العقاري، وظل المبيع مع ذلك تحت يد البائع، فلا يكون لهذا الأخير أن يكتسب الملكية بمرور الزمن بالنسبة للحقوق المقيدة في السجل العقاري. هذا بالنسبة للعقارات المقيدة في السجل العقاري، أما بالنسبة للعقارات غير المقيدة، فإنه يصح للبائع أن يملك بمرور الزمن، متى توافرت الشروط القانونية، والتي تجعل من وضع اليد سبباً مشروعاً للتملك، يكسب حق القيد في السجل العقاري.

^١ تمييز مدني لبناني، غرفة ٢، قرار رقم ٢٦ تاريخ ٢٦/٢/١٩٦٠، مجموعة باز، جزء ٨، ص ١٢٢.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٣٥.

^٣ أما مدة مرور الزمن المكسب للحقوق العينية فهي في الأصل ١٥ سنة فهي مدة مرور الزمن الطويل وقد فرضها القانون بالنسبة إلى الحائز الذي لا سند محق له (المادة ٢٥٧ من قانون الملكية العقارية القرار ٣٣٣٩ تاريخ ١١/١٢/١٩٣٠).

فالمشكلة إذًا، لا تنثور في القانون اللبناني إلا بصدد العقارات غير المقيدة في السجل العقاري.^١ إن الخلاف الحاصل بين الإجتهد الفرنسي من جهة والإجتهد اللبناني من جهة أخرى هو خلاف منطقي يتأتى عن النظام القانوني للملكية العقارية في كل من البلدين . فوجهة النظر المعتمدة من قبل القضاء الفرنسي متفقة مع الوضعية القانونية للعقارات في فرنسا. وكذلك فيما يتعلّق بوجهة نظر القضاء اللبناني فهي متفقة مع وضعية العقارات في لبنان وخاصةً فيما يتعلّق في العقارات غير المقيدة في السجل العقاري حيث يحق فيها التملك بمرور الزمن المكسب .

ب- إلتزام غير قابل للتجزئة

إلتزام البائع بضمان تعرّضه هو إلتزام بالإمتناع عن عمل هو التعرّض للمشتري في ملكيته وإنتفاعه بالمبيع، فهو إذاً إلتزام غير قابل للإنقسام indivisible، حتى ولو كان المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم.^٢ وذلك لأن الإمتناع سلب والسلب لا يمكن أن يتجزأ، إذ لا تتصور فيه التجزئة، فلا يتصور أن ينفذ منه جزء دون جزء،^٣ فالحيازة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة، والتعرّض للمشتري ولو في جزء من المبيع من شأنه أن يجعل حيازته غير هادئة.^٤ ولهذا فإن وقوع التعرّض مهما كان يسيراً، يُعدّ مخالفة للإلتزام بعدم التعرّض برمّته.

ولا تظهر أهمية هذه الخاصية إلا إذا تعدد أطراف الإلتزام، فإذا تعلّق هذا الإلتزام في ذمّة أكثر من شخص، لا ينقسم الإلتزام على المدينين المتعددين، بل يكون كل منهم مدينًا بالإلتزام كلّهُ.^٥ فلو باع شريكان على الشيوع معاً الدار التي يملكانها، التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرّض الصادر منه في كل الدار وليس في حدود نصيبه.^٦

كذلك الأمر فيما لو باع شخصان ملك غيرهما ثم إشتري أحدهما المبيع من مالكة الحقيقي فلا يجوز له أن يطالب المشتري بإستحقاق نصف المبيع على أساس أنه المالك وأنه لا يضمن إلا النصف. ولا جدال في أن المقصود في عدم قابلية الإلتزام بالضمان للتجزئة في هذه الحالة هو أنه في حالة رفع دعوى

^١ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣١١.

^٢ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، جزء ٤، ص ٦٣٣.

^٣ اسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ١٧٠.

^٤ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣١٢.

^٥ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

^٦ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

الضمان على أي من البائعين لا يكون له أن يدفع بالتجزئة، فالمادة ٧١ موجبات وعقود تقضي بأنه: "إذا تعدد المديونون في موجب غير قابل للتجزئة أمكن إلزام كل منهم بإيفاء المجموع. على أن يكون له حق الرجوع على سائر المديونين ويسري هذا الحكم على ورثة من عقد هذا الموجب، إذ لا تصح فيه قاعدة التجزئة الإرثية خلافاً لدين التضامن".

ومن ناحية أخرى، لا يجوز لأي من البائعين التعرض للمشتري في جزء من المبيع، إذ في هذه الحالة يحق للمشتري أن يدفع دعوى التعرض على أساس الضمان. الإلتزام بالضمان، وكذلك الدفع به لا يتجزأ وسواء باشر المشتري حقه في الضمان عن طريق الدعوى أم عن طريق الدفع.

كما أنه تثار مشكلة عدم القابلية للإنقسام، في حالة ما إذا باع شخص عيناً مملوكة لأحد ورثته ثم مات البائع وآل إلى هذا الوارث جزء من التركة على سبيل الإرث أو إذا توفي البائع وترك ولدين مثلاً، وصار لكل من الولدين نصف التركة. فإذا أراد الوارث الذي يبيع ملكه أن يُطالب المشتري بإسترداد نصف المبيع باعتبار أنه لم يرث إلا نصف التركة، وبالتالي لا يتحمل من الإلتزام إلا نصفه، كان للمشتري أن يدفع مطالبته على أساس أنه ضامن والضمان لا يتجزأ، نظراً لأن محل الإلتزام بالضمان عمل لا يقبل التجزئة، وهو عدم التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع، وإذا كان الإلتزام بالضمان لا يتجزأ، فإن الدفع بالضمان لا يتجزأ كذلك، ويكون للمشتري أن يتمسك بالضمان الكامل في مواجهة هذا الوارث الذي يدعي بأنه لا يلتزم بالضمان إلا في حدود النصف فقط.^١

وللتوضيح أكثر يمكننا أن نعرض المثال الآتي:

لو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع وباعاها معاً، إلتزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب، فلو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً، فإن الشخص الأول مُلتزماً بعدم التعرض في كل الدار ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الذي لم يبيعه لأن إلتزامه بعدم التعرض غير قابل للإنقسام، ويجوز للمشتري أن يدفع إسترداده بأنه مُلتزم بعدم التعرض. فلا يبقى للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار.^٢

^١ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٢٣-٣٢٤.

^٢ سعدون العامري، "الوجيز في شرح العقود المسماة"، جزء ١، "البيع والإيجار"، مطبعة العاني - بغداد، ١٩٧٠، الطبعة الثانية، ص ١٢٩.

وكذلك هو الأمر فيما لو تصرف شخص في مال مملوك لأحد ورثته بالبيع، ثم توفي، وورث المالك الحقيقي نصف التركة . مثلاً، لا يجوز له أن يُطالب بإسترداد نصف المبيع بحجة أنه لم يرث من البائع إلا النصف، فلا يرث من الإلتزام بالضمان، إلا النصف كذلك، بل عليه تنفيذ الإلتزام بالضمان بالنسبة لكل المبيع والرجوع على الوارث الآخر بنصيبه.^١

ولكن، لا بد من التويه، أنه إذا كان المقصود من الضمان هو أن يلتزم البائع بتمكين المشتري من وضع يده على المبيع بلا معارضة، فإن الإلتزام بالضمان لا يتجزأ على هذا المعنى، أما إذا كان المقصود من الضمان هو رجوع المشتري على البائع أو البائعين، بالتعويض أو بالثمن، في حالة ما إذا استحق المبيع، فإن الأمر يختلف، إذ يتعلق الأمر في تلك الحالات، التي يستحق فيها المبيع، بالرجوع بمبالغ من النقود، وبذلك يكون الإلتزام بين البائعين المتعددين، قابلاً للإنقسام.^٢ فالإلتزام بضمان الإستحقاق على عكس الإلتزام بضمان التعرض، فهو يقبل الإنقسام بحيث لو تعدد البائعين، يقسم التعويض المقضي به على البائعين كل بقدر حصته على المبيع.^٣

يمكن الإدلاء بعدم التجزئة في معرض الدفاع أو في معرض الإدعاء.^٤ فللمشتري بأن يدلي بعدم تجزئة موجب الضمان سواء كان قدم دعوى الضمان بصورة أصلية أو بطريق الدفاع.

إذاً، الإلتزام بعدم التعرض هو إلتزام غير قابل للتجزئة. إذا كان الهدف منه تمكين المشتري من وضع يده على المبيع بلا معارضة. أما إذا كان الهدف المطالبة بالتعويض أو بالثمن فعندئذ يمكن تجزئة الموجب بالنظر لطبيعته وهو الرجوع بمبالغ من النقود. فإذا تعدد البائعون أمكن تجزئة التعويض فيما بينهم كل بمقدار حصته في المبيع.^٥

الفرع الثاني: مدى انتقال الإلتزام بضمان التعرض الشخصي

قبل أن نتكلم عن مدى إنتقال الإلتزام بضمان التعرض الشخصي، لا بد لنا من أن نحدّد من هو المدين والدائن بضمان التعرض. فإذا عدنا إلى النصوص القانونية نجد بأنها حددت الدائن والمدين بهذا

^١ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

^٣ أنور طلبية، مرجع سابق، ص ١٩٦.

^٤ مروان كركي، مرجع سابق، ص ١٣٦.

^٥ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٧٣-٣٧٤.

الموجب. فبالعودة إلى نص المواد ٤٢٨ و ٤٢٩ و ٤٣٠ من قانون الموجبات و العقود نجد بأنها أُلقت على البائع بهذا الموجب تجاه المشتري. وبالتالي فإن المدين بهذا الموجب فهو البائع بصفة أولى. أما الدائن بهذا الموجب فهو المشتري صاحب الحق بالحصول على الضمان بصفة أولى ومن ثم ورثته وخلفائه الخاصين.

لذا، سنتكلم عن مدى إنتقال الإلتزام بالضمان إلى خلفاء البائع في الفقرة (أ) ومن ثم عن مدى إنتقال هذا الإلتزام إلى خلفاء المشتري في الفقرة (ب).

أ- عدم انتقال الإلتزام إلى خلفاء البائع

يعتبر البائع مُلزماً بضمان التعرّض، سواء كان قانونياً أو مادياً، ولكن إلتزامه هذا لا ينتقل إلى خلفه العام، لأن الموجب في القانون اللبناني والقوانين العربية المماثلة (كالقانون المصري) لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى في التركة.^١ فإذا باع شخصاً عيناً مملوكة لوريثه ثم مات بعد ذلك، فإن الوريث يمكنه إسترداد العين من المشتري، بدون أن يستطيع المشتري الإحتجاج عليه بأنه مُلتزم بالضمان بالإرث عن مورثه، لأن هذا الإلتزام لم ينتقل إليه.

ولكن الإلتزام بالضمان يبقى في التركة عملاً بمبدأ "لا إرث قبل وفاء الديون". ومن ثم يرجع المشتري على التركة بالتعويض منها، لأن المبيع لم يكن مملوكاً للمورث.

أما إذا باع المورث مالاً مملوكاً له، فإن هذا الإلتزام يتعلّق بالتركة ولا يكون للمورث الإخلال به باعتباره ديناً وأن لا تركة إلا بعد سداد الديون: ومن ثم فيلتزم الورثة بهذا الضمان وهو ما يحول بينهم وبين التعرّض للمشتري من مورثهم إلا إذا توافرت بالنسبة لهم أو بالنسبة لمورثهم شروط إكتساب المبيع بالتقادم. فالقاعدة في القانون المصري أن الورثة لا يسألون شخصياً، وفي أموالهم الخاصة عن ديون مورثهم بل تقع هذه الديون على التركة ولا يتحمّل بها الورثة إلا بقدر ما إنتقل إليهم من التركة. ولذلك، فإذا باع المورث مالاً ليس مملوكاً له واستحق المبيع للمالك الأصلي فلا يستطيع المشتري الرجوع على ورثة البائع بالضمان الناتج عن تعرّض الغير له إلا في حدود ما آل إليهم من تركة المورث، وهو ذات الحكم في ظل القانون اللبناني.^٢

^١ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣١٣-٣١٤.

^٢ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

ولكن الأمر يختلف في القانون الفرنسي، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن موجب ضمان التعرّض الشخصي ليس مقصوراً على البائع، وإنما ينتقل بوفاته إلى ورثته الذين يلتزمون بعدم التعرّض للمشتري في حيازته للمبيع. وهذا ما أكدّه القضاء الفرنسي أيضاً حيث قررت محكمة التمييز الفرنسية "أن الوارث الذي يقبل التركة قبولاً غير مشروط، أي يقبلها بما لها من حقوق وما عليها من التزامات، يلتزم بتنفيذ البيع الذي صدر من مورثه. وهو يلتزم بذلك على أساس قاعدة عدم قابلية الإلتزام بالضمان للإنقسام، حتى ولو كان البيع قد ورد خطأً على أموال مملوكة لهذا الوارث".

وتبعاً لذلك فإن الإلتزام بالضمان ينتقل مع الإلتزامات الأخرى التي تقع على التركة إلى الوارث الذي يقبلها دون شرط، ومن ثم لا يكون لهذا الوارث أن يطلب إسترداد المبيع على اعتباره أنه مملوك له، وإلا عدّ هذا إخلالاً منه بالإلتزامه بالضمان فهو بحكم وضعه، بعد قبول التركة قبولاً مطلقاً، أصبح مُلزماً بصفة مطلقة كذلك، ولا يصح له أن يتعرّض للمشتري.

أما في حالة قبول التركة مع التحفظ أو بشرط الجرد، فتظل ذمة الوارث مستقلة عن ذمة المورث، ولا يكون للمشتري أن يتمسك في مواجهته بالإلتزام المورث عدم التعرّض، ولا يكون له في حالة إسترداد الوارث للمبيع باعتباره مالكاً له إلا الحصول على حكم بالتعويض في مواجهة التركة التي يمثلها الوارث والتنفيذ بذلك على أموال التركة. إلا أن هذا الأمر وإن كان يتفق ومنطق النظام القانوني الفرنسي، فإنه لا يمكن قبوله في ظل نظام الميراث في الشريعة الإسلامية ذلك أن القاعدة في الشريعة الإسلامية هي "إستقلال ذمة المورث عن ذمة الوارث". وتبعاً لذلك لا يلتزم الوارث في ذمته المالية الخاصة بالإلتزامات المورث، وإنما يتحمل الإلتزامات التركة في حدود الجانب الإيجابي منها فقط. فإذا كان الوارث مالكاً لما باعه المورث كان له أن يستردّ ما هو مملوك له، ولا يكون للمشتري مطالبته بأنه ضامن، وذلك لأن الوارث لا يُسأل في أمواله الخاصة، إنما ينحصر حق المشتري في التعويض، وهو ما تلتزم به أموال التركة، أي ما يلتزم به الورثة في حدود ما آل إليهم من التركة. وهذا الأمر هو أمر منطقي ويتفق مع ما جاء به القانون اللبناني وهو ما تأخذ به الشريعة الإسلامية .

أما بالنسبة للخلف الخاص: فإن الإلتزام بالضمان لا ينتقل إلى الخلف الخاص، فلو باع شخص عقاراً، ثم أوصى به لشخص آخر، وبعد موته بادر الموصى إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه مُلتزم بالضمان ليستردّ منه العقار أو ليستبقيه إذا إستردّه الموصى له، لأن الإلتزام لا ينتقل من الموصى إلى الموصى له بل يبقى في التركة. ولكن

يحق له أن يرجع بالتعويض على التركة وهو يقدم في رجوعه على الموصى له، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض.

أما بالنسبة لدائن البائع: فلا ينتقل الإلتزام إليه، فلو باع شخصاً عقاراً يملكه، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار، مسجلاً حقه في دفتر الملكية، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ. ولا يحق للمشتري أن يحتج عليه بأنه مُلتزم بالضمان عن مدينه، لأن هذا الإلتزام لا يتعدى إلى الدائن.¹

كفيل البائع: إذا كان للبائع كفيل، وقام هذا الأخير بشراء العين المبيع مرة أخرى، فإنه يلتزم بضمان التعرّض الشخصي وذلك لأنه كفل البائع في إلتزاماته الشخصية، فكان إلتزامه تابعاً لإلتزام المكفول، وعلى هذا لا يجوز له التعرّض للمشتري من بئعه لأنه يلتزم أمامه.

ب- إنتقاله إلى خلفاء المشتري

الدائن في الإلتزام بضمان تعرّض البائع الشخصي هو في الأصل المشتري لأنه هو الذي يقع عليه التعرّض في العادة. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام لأن الحقوق على عكس الديون تنتقل من المورث إلى الوارث.² فلو أن شخصاً اشترى منزلاً، ثم توفي وانتقل المنزل إلى الوارث الذي تعرّض له البائع في ملكية المنزل فمن حق الوارث أن يحتج على البائع بإلتزامه بضمان التعرّض، بدلاً من مورثه.

كما ينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة كما لو باع شخص منزلاً، ثم باع المشتري هذا المنزل إلى مشترٍ آخر كان البائع مُلزماً بعدم التعرّض لا للمشتري الأول فقط بل للمشتري الثاني أيضاً وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في المنزل المبيع. وقد إعتبرت محكمة التمييز الفرنسية: "أن موجب الضمان الواقع على البائع ممكن أن يُطالب به البائع الآخر إذا ما كان نزع اليد يرجع في أصله إلى فعل هذا الأخير". هذه الحالة تكون عندما يبيع الشاري المبيع إلى مشترٍ آخر عندها يكون بإمكان المشتري الثاني أن يُطالب البائع الأصلي أي بائع المشتري الأول إذا كان نزع اليد يرجع إلى فعل البائع الأصلي. وكذلك لو كان الخلف الخاص موهوباً له فإنه يكون دائناً بضمان التعرّض

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٧٤.

² خميس خضر، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

الشخصي لمن باع الواهب وله أيضاً دعوى مباشرة، وهي غير الدعوى الغير مباشرة التي يستطيع رفعها بإسم الواهب.^١

أما بالنسبة لدائن المشتري فإنه يستفيد من ضمان البائع للتعرض، فلو أن شخصاً باع عيناً لم يملكها، ثم تملك فيما بعد، لا يستطيع أن يستردّها من المشتري لإلتزامه بعدم التعرض، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الإلتزام.^٢

الفصل الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير

رأينا فيما سبق أنّ البائع يضمن تعرضه الشخصي سواء أكان هذا التعرض مادياً أو قانونياً.

إلا أن البائع يلتزم، فضلاً عن إلتزامه بضمان التعرض الشخصي، بضمان التعرض الصادر من الغير وذلك بأن يدفع عن المشتري تعرض الغير له إذا كان التعرض يستند إلى حق ثابت للغير وقت البيع أو آل إليه بعد البيع من البائع نفسه.

وبفترض التعرض الصادر من الغير أن أجنبياً يدّعي أن له على المبيع بعض الحقوق، ويتعرض مستنداً إلى الحق الذي يدّعيه للمشتري في حياته. فعلى البائع إذن أن يضمن هذا التعرض الحاصل للمشتري، وسبيله في هذا أن يتدخل في الدعوى المقامة من هذا الأجنبي، فإذا لم يفلح في دفع هذا التعرض، كان من الواجب عليه تعويض المشتري.

ويتضح من ذلك، أن ضمان تعرض الغير يتضمّن إلزام البائع بالقيام بعمل هو دفع التعرض. ولكي يُنفذ هذا الإلتزام يجب أن يدفع ذلك التعرض فعلاً، ولا يكفي أن يبذل جُهداً في دفعه فالإلتزام البائع هنا هو الإلتزام بغاية أي بتحقيق نتيجة وليس إلتزاماً بوسيلة. فإذا فشل في تحقيق هذه الغاية واستحق المبيع كله أو بعضه للغير، وجب على البائع تعويض المشتري عمّا لحق به من أضرار.

إذن، بعد الموجب السلبي القاضي بإمتناع البائع عن القيام بكل ما من شأنه حرمان المشتري من حيازة هادئة مفيدة، هناك موجب إيجابي مُلقى على عاتقه، يتمثل بإلزام البائع بأن يدفع عن المشتري التعرض الحاصل من الغير. ويجب على البائع للوفاء بهذا الإلتزام أن يصل فعلاً إلى أن يدفع التعرض الحاصل

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٧٤-٤٧٥.

^٢ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٣٥.

من الغير، لأي حق من الحقوق التي تلقاها المشتري بموجب عقد البيع. ويعتبر التزامه بهذا التزاماً بغاية (obligation de resultat) لا التزاماً بوسيلة (obligation de moyen) فلا يقبل منه القول بأنه بذل أقصى جهده في دفع التعرض فلم يوفق، بل يُعتبر مخالفاً بالتزامه بمجرد نجاح الغير في تعرضه والحكم لذلك الغير بأي حق مما إدعاه على المبيع¹.

هذا الضمان نصّ عليه المشتري ونظمه، لذا لا داعي إلى إشتراطه في العقد إلا إذا كان المقصود من الإشتراط هو تعديل قواعد الضمان الواردة في القانون.

وهذا الموجب بدفع التعرض الصادر من الغير منصوص عليه في المادة ٤٢٩ م. و.ع. وهي تنصّ على أنه: "وإن لم يُشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من إستحقاق الغير للمبيع كلّه أو لقسم منه، ومن الأعباء المدّعى بها على المبيع والتي لم يصرّح بها عند البيع". ويقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة ١٦٢٦ م. ف:

"quoique lors de la vente il nait ete fait aucune stipulation sur la garantie , le vendeur est oblige de droit a garantir lacquereur de leviction souffre dans la totalite ou partie l'objet vendu ,ou des charges , pretendues sur cet objet , et nondeclarees lors de la vente".

فمن خلال هاتين المادتين يُلاحظ أنهما تشيران إلى حالات ثلاث من التعرض الحاصل من الغير هذه الحالات هي:

١- إستحقاق الغير للمبيع كلّه.

٢- إستحقاق الغير لقسم من المبيع.

٣- الأعباء المدّعى بها على المبيع والتي لم يصرّح بها عند البيع.

كما نصّت المادة ٤٣٩ مدني مصري على: "أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع في المبيع كلّه أو بعضه سواءً كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حقّ على المبيع يحتجّ به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان. ولو كان الأجنبي قد ثبت حقّه بعد البيع إذا كان هذا الحقّ قد آل إليه من البائع نفسه".

¹ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

لكن التعرّض يقع فعلاً في هذه الحالة إذا أُنذر الدائن المرتهن المشتري بالدفع أو بالتخلية.^١ كما أنّه لا يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان لمجرّد إكتشاف أن المبيع مملوك للغير أو أنّه متقل بحق إرتفاق أو إختصاص أو إمتياز أو أنه مؤجر بعقد نافذ في مواجهته، لأنّه من المحتمل سكوت الغير عن التمسك بحقه ويظل المشتري حائزاً أو منتفعاً بالمبيع في هدوء، وإنّما يكون للمشتري في هذه الحالة ولو لم يقع التعرّض بالفعل، الحقّ في طلب فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة أو طلب إبطاله إعمالاً للقواعد الخاصّة ببيع ملك الغير.^٢

كما لا يكفي لتحقق الضمان أن يكون المبيع في حيازة غير البائع، فللمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع، كما يجوز له أن يرفع على الحائز دعوى إسترداد، فإذا ادّعى الحائز أنّ له حقّاً على المبيع تحقّق ضمان التعرّض.

ولا يكفي عدم تسليم مستندات الملكية، لتحقّق الضمان ما دام لم يتعرّض أحد للمشتري، ولا عدم اثبات ملكية البائع للمبيع، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع، ولكن يكفي للرجوع بضمان التعرّض أن لا يستطيع المشتري الإنتفاع بالمبيع.

إذن، التعرّض لا يكون حالاً إلا إذا إتخذ المتعرّض موقفاً إيجابياً يؤدي إلى الإخلال بالإنتفاع بالمبيع أو يجعل هذا الإخلال وشيك الوقوع.^٣

الأصل ، أن يتم هذا التعرض عن طريق إتجاء الغير إلى القضاء للمطالبة بالحقّ الذي يدّعيه على المبيع كدعوى إستحقاق كلي يُطالب فيها الغير بملكية المبيع كلّهُ، أو دعوى إستحقاق جزئي يُطالب فيها الغير بجزء من المبيع، أو دعوى رهن يُطالب فيها الغير بدين مضمون برهن مقرّر على المبيع، أو دعوى إرتفاق. وقد تكون الدعوى من المشتري على الغير، ويتصور ذلك إذا كان المبيع في حيازة هذا الغير، فيرفع المشتري دعوى يُطالبه فيها بالمبيع فيحتجّ الغير بحق له على هذا المبيع.^٤

غيرأنّه لا يلزم لوقوع التعرّض، أن ترفع دعوى أمام القضاء على المشتري أو منه، فقد يتحقّق التعرّض ولو لم تكن هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء، فالتعرّض يجب أن يفهم بمعنى واسع إلى حدّ ما بحيث

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٧٨.

^٢ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٣٥.

^٣ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

^٤ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

يشمل الحالات التي يكون فيها حرمان المشتري من المبيع وشيك الوقوع أو بعبارة أدق، أن تكون أعمال التعرّض المؤدية للحرمان من المبيع قد بدأ تنفيذها وإن كان الحرمان من الإنتفاع لم يتحقق بعد. فقيام الدائن المرتهن بإنذار المشتري بالدفع أو بالتخلية يجعل التعرّض متحققاً فلا يلزم التريث إلى حين رفع دعوى الرهن العينية أو الفصل فيها لمصلحة الغير، فبمجرد الإنذار يتحقق التعرّض.

وقد يقع التعرّض فعلاً دون أو ترفع به دعوى ودون أن تنزع الحيازة من بين يدي المشتري، إذا تغير سندّ حيازته، ويتحقق ذلك إذا باع شخص مالا لا يملكه، ثم إنتقل هذا الشيء، بعد ذلك بالميراث من المالك الحقيقي إلى المشتري، إذ في هذه الحالة تعتبر العين فقد إستحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك بالميراث، أو بسند آخر من المالك الحقيقي إلى المشتري، أي تكون العين قد استحققت فعلاً، فيكون للمشتري مطالبة البائع بالضمان. كما أنه لا يفترض أن تكون دعوى الضمان قد أقيمت فعلاً أمام القضاء للقول بتوقّر المصلحة عند البائع، بل يكفي أن يكون حصل تعرّض لحقّ الشاري حتى يتوافر للبائع الملزم بموجب الضمان حقّ الدفاع عن مصلحته ومصلحة الشاري معاً طالما أن الشاري لم يسقط حقه بالضمان كائناً ما كان موقف هذا الأخير. ونتيجة لموجب الضمان يتوجب على البائع كضامن للمبيع أن يدفع الدعوى المقامة على المشتري بما يملك من وسائل قانونية تؤدي لردّها ولبقاء العقد قائماً لمصلحة المشتري حتى إذا لم يفلح في ذلك تعرّض عملاً بموجب الضمان الملقى على عاتقه بالمادة ٤٢٩ م وع لدعوى التعويض عن الأضرار.

يستثنى من شرط وقوع التعرّض فعلاً حالة ظهور تكليف على العين المبيعة، ويقصد بظهور تكليف على العين المبيعة إكتشاف المشتري لحقّ لا يمسّ ملكية العين ولكن يقيد الإنتفاع بها، كظهور حقّ إرتفاق سلبي على العين، أو حقّ حكر أو حقّ انتفاع، ففي هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع في الحال بالضمان على البائع، بعكس الأمر في حالة الإستحقاق الكلي أو الجزئي فليس له الرجوع بالضمان إلا إذا حصل التعرّض فعلاً.

إن إقامة الدعوى أمام القضاء، لا تعتبر ضرورية لوقوع التعرّض فعلاً فقد يقع التعرّض كما بيّنا دون إقامة الدعوى، ويتحقق ذلك أيضاً، إذا اعتقد المشتري أن الغير على حقّ فيما يدّعيه، وقد يكون هذا الإعتقاد مُسنداً إلى أسباب قانونية قاطعة، كما لو كان المبيع مرهوناً فأخلاه البائع إلى الدائن المرتهن، أو كان سند ملكية البائع عقد هبة ورزق الواهب بعد الهبة ولداً، أو كان للواهب ولداً يظنه ميتاً وقت الهبة، فإذا هو حيّ، ثم رجع الواهب في هبته.^١

^١ Baudry et Saignat , " Traité théorique et pratique de droit civil ,(3éme éd) N°350 P : 347 .

وقد قضي في فرنسا أنه بإمكان المشتري أن يثير مسألة ضمان التعرّض إذا ما بدت له أسباب جدية يمكن إستناداً إليها أن يخشى إنتزاع ملكيته للمبيع. كما لو أقيمت دعوى ابطال بيعه عقار بسبب الإمتناع عن دفع الثمن.

إذا كان يحقّ للمشتري، إذا ما بدت له أسباب جدية، أن يقبل دعوى الغير أو يصلح على أساسها أو يدفع الدين المضمون برهن، وغيرها من الحالات التي يعتبر فيها المشتري أن الغير على حقّ فيما يدّعيه. فإن قبوله بذلك يُعرّضه إلى المخاطرة بأحد أمرين.

الأمر الأول: أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حقّ فيما يدّعيه، على خلاف ما اعتقده المشتري، وعندئذٍ يفقد حقّه في الرجوع على البائع بالضمان.

الأمر الثاني: إذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك فإنّ له أن يتخلّص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه إلى البائع أو قيمة ما دفعه مع الفوائد القانونية والمصروفات.¹

بعد ان بيّنا ضرورة أن يقع التعرّض فعلاً حتى يتمكن المشتري من مطالبة البائع بالضمان والزامه به. يجب أن يكون التعرض الصادر من الغير تعرضاً قانونياً أي مستنداً إلى إدعاء الغير حقّ على المبيع.

رأينا فيما سبق، أن البائع يضمن تعرّضه الشخصي سواء أكان هذا التعرّض مادياً أو قانونياً، بإعتبار أن هذا الإلتزام طبيعياً، إذ لا يتصور أن يتخلّى البائع عن المبيع بعقد البيع ثم يحاول بفعله أو بأي شكل كان وضع العراقيل بوجه المشتري دون الإستفادة من المبيع الإفادة الكاملة وفقاً لما كان يتوقع كنتيجة للعقد المتبادل، وإذا صدر عن البائع مثل هذا العمل يكون مخطئاً خطأً تعاقدياً يُسأل عنه.²

أما بالنسبة للتعرّض الصادر من الغير فالبائع لا يضمنه إلا إذا كان قانونياً، أي يستند فيه الغير إلى حقّ يدّعيه على المبيع، حتى ولو لم يكن هذا الحقّ المدعى به ثابتاً. فبمجرّد الإدعاء يتحقّق به التعرّض القانوني متى كان هذا الإدعاء لا يحتمل الجدل.³ أي يجب أن يكون هذا التعرّض قانونياً أي مبنياً على سبب قانوني مزعوم، سواءً كان هذا السبب ثابتاً أم لا، وحتى إذا كان ظاهراً بطلانه، وسواء كان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً مُدعى به. كما لو ادّعى الغير أنه مالك للمبيع كلّهُ أو بعضه، أو أنّ له حقّ إنتفاع

مترجم منه للعربية

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٤٣.

² علي مصبح ابراهيم، "العقود المسماة" البيع-الإيجار-الوكالة"، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي-بيروت ٢٠٠٢، ص ١١٥.

³ ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص ١٣٣.

أو حقّ إرتفاق على المبيع. أو أن يكون حقاً شخصياً، كما لو ادّعى الغير أنّه مستأجر للمبيع قبل بيعه. والمثال على الحقّ الشخصي حقّ المستأجر: كما لو اشترى شخص عيناً على أنها خالية، فتبين وجود مستأجر إستند إلى عقد إيجار منظم له من قبل البائع. إذاً أن ضمان فعل الغير لا يطبّق في حالات التعرّض الواقعي (المادي) وهكذا فإنّ الممتلك (الشاري) غير محمي ضدّ إزعاج الجوار الناتج عن عقار مجاور يملكه طرف ثالث: إذ أنّه يُعدّ ضمان فعلي. ويستطيع أن يدافع عن نفسه في مثل هذه الحالة مثل أي مالك آخر.¹

وبالتالي ، إذا صدر عن الغير تعرّضاً مادياً محضاً غير مؤسس على حق مزعوم كإغتصاب المبيع من المشتري أو سرقة منه، فإنّ البائع لا يضمنه، سواءً تمثّل في أعمال مادية محضة كالغصب أو في تصرفات قانونية لا تستند إلى حقّ، كقيام الغير بتأجير العين المبيعة دون سند قانوني يرتكن إليه، فهذا التصرف يُعتبر عملاً مادياً بالنسبة للمشتري لأنّه ليس طرفاً فيه.² فالبائع غير ملزم بأن يحول دون هذه الأعمال وبالتالي لا يضمنها، وعلى المشتري أن يدافع عن حقوقه بالوسائل التي أولاه إياها القانون. مما يعني أن المشتري في هذه الحالة يستطيع أن يرفع شكواه إلى السلطات الإدارية لمنع الغير من إغتصاب ملكه، وفضلاً عن ذلك فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعاوى منع التعرّض واسترداد الحياة ونحوها إذا توفرت شروطها. ويستطيع في جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعدي المادي.³

ويكون الأمر كذلك إذا كان المبيع مؤسسة تجارية وأقام الغير إلى جوارها محلاً مماثلاً فنافس المشتري في تجارته، أو كان المبيع منزلاً وأجره الغير دون أن يدّعي أن له حقاً في إيجاره. ففي جميع هذه الأحوال لا يكون البائع مسؤولاً ولذلك لا يحقّ للمشتري الرجوع عليه بالضمان إنّما يكون له الحقّ في اللجوء إلى جميع الوسائل التي يقررها القانون لحماية ملكيته. وبالطبع إن كل ذلك محله إذا حصل التعرّض بعد التسليم، أي بعد تسليم المبيع للمشتري. أما إذا حصل هذا التعرّض المادي قبل التسليم كان على البائع رده أو دفعه، ولكن ليس بموجب إلتزامه بالضمان، بل بموجب إلتزامه بالتسليم وإلا كان مُخلّاً بهذا الإلتزام. فإذا لم يقدّم البائع بدفع هذا التعرّض ترتب على ذلك عدم تمكّنه من الوفاء بإلتزامه بتسليم

¹ Jacques Ghestin, par , Jérôme Huet: " Traité de droit civil " , " Les principaux contrats , 1996 ,
Paris , P : 228 مترجم منه للعربية.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٣٢.

³ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٨١.

المبيع بوضعه تحت تصرف المشتري للانتفاع به دون عائق.^١ وبالتالي لا يكون للمشتري أن يرفع دعوى الضمان، إنما يكون له أن يرفع دعوى يطالب فيها البائع بتسليم المبيع.

ولكن لا بدّ من الإشارة إلى أنّه في حدود التعرّض القانوني، يهدف الضمان إلى منع البائع الغير نزع يد الشاري بالطرق القانونية. فقد يكون نزع اليد حاسماً نهائياً إذا صدر بقرار يُكرّس حقّ الغير، كما قد ينتج عن دعوى قضائية ترفع ضدّ الشاري، ويمكن أن يرفع دعوى مطالبة بالملكية: في حالة بيع شيء للغير مثلاً، إذا قام المالك الحقيقي بالمطالبة بالشيء موضوع التملك خاصته. وقد قرّر القانون الفرنسي في هذه الحالة في المادة ١٦٥٣ منه أنّه إذا تعرّض الشاري للإزعاج أو خشي من إقامة دعوى تزعبه...، يحق له تعليق دفع الثمن وهذا الأمر، بالطبع غير ممكن إلا في حال لم يكن الشاري قد دفع الثمن كاملاً بعد.^٢

فالبائع لا يضمن إذن إلا تعرّض الغير القانوني، أي الذي يستند فيه الغير إلى حقّ يدّعيه على المبيع، ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدّعيه الغير ثابتاً، فيكفي مجرد الإدّعاء بالحقّ حتى لو كان ظاهر البطلان، فالبائع هو الذي يتحمل عن المشتري إظهار عدم صحة إدعاءات الغير.

هذا التفريق بين تعرّض الغير المادي وتعرّضه القانوني لم يردّ ذكره صراحةً في القانون. كما ورد ذكره بشأن عقد الإيجار في المادة ٥٥٧ من قانون الموجبات والعقود بل أقرّه العلم والإجتهد. ويبدو أنه يقتضي تطبيق القواعد المكرّسة بهذا الخصوص في النصوص المتعلقة بعقد الإيجار على عقد البيع مع مراعاة الفوارق في طبيعة العقدين لأنّ السبب التشريعي واحد في الحالتين.

الفرع الثاني: أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع أو لاحقاً له مستمدّ من البائع

يجب أن يستند التعرّض الصادر من الغير إلى حق يدّعيه الغير ويكون سابقاً على البيع، أو لاحقاً له ولكنه مُستمدّ من البائع نفسه.

إن ضرورة وجود أسبقية موجب التعرّض هو شرط غير موجود فيما يخصّ ضمان الفعل الشخصي، لأنّ على البائع في مثل هذه الحالة أن يضمن للشاري عدم التعرّض له حتى بما هو حادث بعد البيع. أما

^١ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣١٩.

^٢ Jacques Ghestin, par , Jérôme Huet: op . cit , P : 228 .

مترجم منه للعربية

فيما يخص ضمان فعل الغير، فإن شرط الأسبقية هو شرط مفروض لأنه يعزو موجب التعرض إلى الشيء موضوع البيع وتنص بالتالي إلى البائع. كما هي الحال مثلاً، في تمديد عقد الإيجار المتفق عليه بين المالك والمستأجر قبل البيع والذي كان يخفى على الشاري.¹

فالتعرض الصادر من الغير لا يخول المشتري الحق في الضمان إلا إذا كان المتعرض يستند في تعرضه إلى حق له سابق على البيع، كما لو كان قد اكتسب ملكية المبيع أو حقاً عليه بمرور الزمن أو بسبب آخر قبل البيع وأراد أن يسترد ملكه من بين يدي المشتري. وهذا هو الوضع الغالب، نظراً لأن البائع بعد البيع لا يستطيع عادةً أن يخول الغير حقاً على المبيع، يمكن أن يسري في مواجهة المشتري، إذ أنه لم يعد مالكا.²

ويتربط على هذا أنه إذا كان سبب التعرض لاحقاً على البيع، فلا يُسأل عنه البائع إلا إذا كان سبب التعرض راجعاً إلى فعل البائع نفسه. في هذه الحالة يُسأل عنه البائع. ويرجع هذا إلى أن نقل الملكية، خاصة في مواجهة الغير، قد لا يتم بسبب البيع وحده وبهذا يكون من الجائز أن يكتسب الغير حقاً على البيع، من البائع نفسه، بعد البيع وبفضل مكتسب الحق على المشتري الذي يحصل له التعرض من الغير بسبب لاحق على البيع وناشئ من البائع.

من هنا يمكننا القول، أنه إذا كان البائع يلتزم بضمان عدم تعرض الغير، فإنه يجب أن يكون سبب هذا التعرض مما يمكن أن يُسأل عنه البائع وهذا لا يتحقق إلا في حالتين:

• **الحالة الأولى:** إذا كان الحق الذي يدّعيه الغير سابقاً على البيع، فالبايع يُسأل عنه لأنه نقل الحق محملاً بسبب التعرض. كما أنّ هذا الحقّ مما يحتج به على المشتري. ولا فرق بين أن يكون سببه فعل البائع أم لا.³ والمثال على ذلك عندما يدّعي الغير إكتسابه ملكية المبيع قبل البيع بالتقادم، أو كان الغير دائماً مرتيناً وتقرر الزهن على المبيع قبل التصرف الصادر إلى المشتري.⁴

¹ . Jacques Ghestin, par , Jérôme Huet: op . cit , P : 229 .

مترجم منه للعربية

² توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٤١.

³ علي ابراهيم، مرجع سابق، ص ١١٦.

⁴ أنور سلطان & جلال العدوي، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

أما إذا كان المتعريض لم يكسب حقه إلا بعد البيع فالبايع لا يلتزم بالضمان. فإذا ادعى الغير أنه مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع، لم يكن البائع ضامناً، ليس فحسب لأن حقّ المستأجر للعين المبيعة لاحق للبيع، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر أن يحتجّ به على المشتري.

* **الحالة الثانية:** إذا كان الحقّ الذي يدّعه الغيرتالياً للبيع ولكنه مستمدّ من البائع. ومثال ذلك: أن يبيع شخص عقاراً ثم يبيعه إلى مشتري ثانٍ سبق بتسجيل عقده، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ومع ذلك يكون البائع مسؤولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول لأنّ حقّ المشتري الثاني مُستمدّ من البائع نفسه. وكذلك إذا باع البائع المنقول مرّة أخرى وسلمه للمشتري الثاني الذي تملكه بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية". وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشتري عقد بيعه.¹

أما إذا كان الغير قد اكتسب حقه عن غير طريق البائع، فلا يضمنه البائع، كما لو صدر بعد البيع قرار بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة بعد البيع، فإذا، البائع لا يكون مُلزماً بالضمان لأنّ الحقّ الذي يدّعه الغير، وهو السلطة العامة، ليس مستمدّاً من البائع.²

كما لا يضمن البائع التعرّض، إذا كان الأجنبي قد وضع يده على المبيع واستمرّ واضعاً يده حتى اكتملت مدة التقادم واكتسب ملكية المبيع أو حقاً عينياً عليه ولو أنّ وضع اليد قد بدأ قبل قيام البيع ولم تكتمل مدّته إلا بعد البيع والتسليم إلا إذا كانت المدة الباقية بعد التسليم كافية بأنّ يقوم المشتري بقطع التقادم إذا بذل في ذلك عناية الرجل العادي، غير أنه في حال لم يبقَ إلا وقت قصير، حتى إنتهاء مدة مرور الزمن، يمكن القول بأنّ أساس أثر نزع اليد معزو إلى سبب سابق، لا يستطيع الشاري فعل شيء مهمّ حياله، كان البائع ضامناً في هذه الحالة.³ من هنا، إن البائع لا يضمن التعرّض الحاصل بفعل المشتري نفسه، كما لو أهمل المشتري قطع التقادم الذي بدأه الغير، ويرى الفقهاء الفرنسيين أمثال ريبير وبلانيول وهامل⁴ أنه متى كان التقادم بعد البيع لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع، إلا أنهم

¹ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

² ابراهيم أبوالنجا، مرجع سابق، ص ١٣٥.

³ Jacques Ghestin, par , Jérôme Huet: op . cit , P : 229

مترجم منه للعربية

⁴ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel : op . cit , N°101 , P : 107 .

يرون مع ذلك أنه يكون للمشتري الرجوع بالضمان إذا كان التقادم قد اكتمل في وقت لاحق على البيع بفترة قصيرة، بحيث لم يكن هناك وقت كافٍ للمشتري لإتخاذ إجراء قاطع للتقادم. ولهذا يمكن القول على الرغم من أن سبب التعرض لاحقاً على البيع، لأن التقادم اكتمل بعد البيع - فإن التعرض ينتج من فعل البائع، إذ كان عليه أن يقوم بعمل قاطع للتقادم لدرء الخطر الوشيك الوقوع الذي يتعرض له المشتري، ويكون للمشتري أن يرجع بالضمان على البائع، في هذا الفرض الاستثنائي، حيث يبدو خطأ البائع.

إلا أنه بالإضافة إلى ما تقدم، لا بدّ من الإشارة إلى بعض الحالات التي يحصل فيها التعرض من الغير بفعل المشتري ولا يضمنه البائع وهذه الحالات هي:

إذا كان سبب الإستحقاق الذي يستند إليه الغير راجعاً إلى المشتري، فلا شأن للبائع بذلك، سواء كان الغير يُعزي سبب الإستحقاق لأمرٍ سابق على إبرام عقد البيع أو لاحق على إبرام عقد البيع.¹

١- بالنسبة للسبب السابق لإبرام عقد البيع: كأن يطالب شخص المشتري بتنفيذ عقد الإيجار الذي أبرمه معه، والوارد على العين محلّ عقد الشراء، فيحقّ للمستأجر أن يطالب المؤجّر إذا كان هو المشتري بتنفيذ هذا العقد حتى لو كان المشتري قد أبرم عقد الإيجار هذا قبل القيام بشراء المبيع أو قبل أن تنتقل إليه الملكية كأن يكون محل العقد عقاراً فيقوم المشتري بتأجيله للغير بعد إبرام عقد البيع أو قبل التسجيل، أي قبل أن تنتقل إليه ملكية المبيع من البائع، فإنّ البائع لا يكون ضامناً لهذا التعرض القانوني الصادر من الغير للمشتري.

٢- بالنسبة للسبب اللاحق لإبرام عقد البيع: فإن هذا البائع لا يضمن التعرض القانوني الصادر من الغير للمشتري من باب أولى إذا كان الغير يدعيّ بالحق على المبيع تلقاه من المشتري بعد إبرام عقد البيع. والمثال على ذلك: أنّ يطالب الغير المشتري بتنفيذ حق الإنتفاع الذي تلقاه منه والمتعلق بالمبيع، سواء كان الغير تلقى هذا الحق من المشتري قبل البيع أو بعده، لا شأن للبائع بهذا التعرض، لأنّ التعرض الذي يضمنه البائع هو التعرض الذي يستند فيه الغير إلى سبب قانوني سابق على عقد البيع ولا شأن للمشتري به، أو لاحق لعقد البيع وكان ناشئاً عن فعل البائع.

المبحث الثاني: إستلزام حسن نية المشتري كشرط رابع للمطالبة بالضمان

مترجم منه للعربية

¹ عبد الخالق حسن أحمد، "الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، جزء ٣، "عقد البيع"، الطبعة الأولى

١٩٨٩، ص ١٦٧.

قدمنا فيما سبق إلى الشروط الواجب توافرها لرجوع المشتري على البائع بالضمان، وهي شروط ثلاثة: أن يكون التعرّض فعلي وقانوني، وأن يكون مستنداً إلى ادعاء حق سابق على المبيع أو تالياً له مستمد من البائع. إلا أنه قد يثور في هذا الصدد أمر إستلزام حسن نية المشتري بمعنى هل يلزم أن يكون المشتري، فضلاً عن الشروط السابقة، حسن النية، يجهل وقت البيع سبب التعرّض، أم يكون له الحق في الرجوع بالضمان على البائع حتى لو كان يعلم عند البيع وجود هذا السبب؟

من خلال هذا المبحث سنعرض إلى وجوب التفرقة بين الإستحقاق الكلي أو الجزئي والتكاليف التي تقع على المبيع لمعرفة متى يكون حسن النية شرط واجب توافره إلى جانب الشروط السابقة حتى يتمكن المشتري من الرجوع بالضمان على البائع (فرع أول) ومن ثم إلى التفرقة بين الإرتفاقات القانونية والطبيعية من حيث وجوب أن يكون المشتري حسن النية (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: التفرقة بين الإستحقاق الكلي أو الجزئي والتكاليف بصفة عامة

كما سبق وقلنا أن هناك ثلاث حالات للتعرّض الحاصل من الغير. فإما أن يؤدي تعرّض الغير إلى إستحقاق المبيع كله أو إستحقاق قسم منه أو أن يدّعي الغير أعباء على المبيع والتي لم يصرح بها عند البيع. وهذه الحالات منصوص عنها في المادة ٤٢٩ من قانون م و ع. ويقابلها المادة ١٦٢٦ من قانون المدني الفرنسي.

ومن ثم فإن السؤال الذي يُطرح هو هل من الضروري أن يكون المشتري حسن النية في كل حالة من هذه الحالات الثلاث حتى يتمكن من الرجوع على البائع بالضمان؟

الرأي منقسم في ظل القانون الفرنسي، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع لا يلتزم بالضمان إلا إذا كان المشتري حسن النية وقت العقد، يجهل خطر التعرّض الذي سيحقيق به، وإلا فإنه يكون على بينة من الأمر، ويعتبر أنه قد قبل تحمّل المخاطر، وبذلك فهو يبرم عقداً إحتمالياً، وتحقق هذا الإحتمال لا يخوّل له أي حق قبل البائع.

إلا أن الإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي لا يعمم هذا الحكم وإنما يفرق بين حالة الإستحقاق الكلي أو الجزئي، وحالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع. ففي الحالة الأولى لا يلزم لرجوع المشتري بالضمان أن يكون حسن النية. وأما في الحالة الثانية، فيلزم أن يكون حسن النية يجهل عند البيع وجود أعباء أو تكاليف على المبيع. وعلى ذلك إذا ظهر تعرّض الغير في صورة تكليف على المبيع، كما إذا ادّعى وجود حق إرتفاق أو حق إنتفاع أو إستعمال أو إيجار، لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان على البائع،

متى كان عالماً بوجود مثل هذا التكليف. فقد تعامل وهو على بينة من الأمر، ولا يحقّ له أن يشكو خاصةً وأنّ تحديد الثمن يكون على أساس وجود تلك التكاليف.¹

وفيما عدا حالة العلم بالأعباء والتكاليف التي تكون على المبيع فإن علم المشتري بأسباب الإستحقاق الكلّي أو الجزئي لا أثر له على حقّه في الرجوع على البائع بالضمان من حيث المبدأ. وإن كان لهذا العلم أثره فقط من حيث مدى ما يمكن للمشتري أن يرجع به على البائع في حالة الإستحقاق.

ويتفق الرأي السائد في ظل القانون الفرنسي مع ما تقضي به المادة ٤٢٩ م و ع التي تفرق بين الإستحقاق الكلّي أو الجزئي، وبين الأعباء المُدعى بها على المبيع . وعلى ذلك إذا كان يلزم في حالة الإستحقاق الكلّي أو الجزئي للمبيع توافر الشروط الثلاثة التي سبق وأن أشارنا إليها، فإنّه يلزم بالنسبة للأعباء أو التكاليف التي تظهر على المبيع أن تكون غير معروفة من المشتري عند البيع بمعنى أنه لا يكون للمشتري الرجوع على البائع بالضمان إلا إذا كان حسن النية وقت البيع، يجهل وجود تلك الأعباء. فإذا صرح البائع عند العقد بوجود أعباء على المبيع، لا يكون المشتري حسن النية، وتبعاً لذلك يفقد حقّه بالرجوع بالضمان. ذلك أن القانون يعرض بحسب المادة ٤٢٩ م و ع أن تكون الأعباء غير مصرح بها، أي أن تكون مجهولة، لا يعلم بها المشتري عند البيع. فإذا كان قد علم بها، فإنه يكون قد أقبل على الشراء وهو عالم بهذه الأعباء وبما يمكن أن تؤدي إليه من إنتقاص في الإنتفاع بالمبيع. والعادة أن يكون التصريح بتلك الأعباء من قبل البائع. ويستلزم الفقه والقضاء في فرنسا أن يتم هذا التصريح في صورة محددة، فلا تكفي في هذا الصدد عبارات عامة لا تستدعي إنتباه المشتري.²

إلا أنه ليس ما يمنع من أن يعلم المشتري بتلك الأعباء بوسيلة أخرى، وبالتالي لا يلزم البائع في هذه الحالة بأن يصرح عنها للمشتري طالما أنّه كان على علم بها قبل البيع، وبكفي في هذه الحالة أن يثبت البائع علم المشتري بكافة الطرق، بما في ذلك البيئة والقرائن.

إن الحكم المنصوص عليه في المادة ٤٢٩ م و ع يشمل جميع الأعباء التي يُدعى بها على المبيع، فلا يقتصر على حقوق الإرتفاق فقط ذلك أن عبارة "ومن الأعباء المُدعى بها على المبيع والمصرح بها عند البيع" غير قاصرة على حق معين. إلا أن هناك أعباء لا يُلزم البائع بالتصريح عنها. إن الأعباء

¹ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel : op . cit , N°98 , P:103 , N°99 , P : 104 . . .

مترجم منه للعربية

² توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٥١.

المستثناء من هذا الإلزام والتي لا يجب على البائع أن يصرح بها هي الأعباء القانونية الناشئة عن نظام الملكية القانونية أن أي حق يثبت للغير على المبيع، ولم يكن المشتري يعلم به عند البيع، يخول هذا الأخير الرجوع على البائع بالضمان سواء أكان حقاً عينياً أو شخصياً.

وقد حُكِمَ في فرنسا تطبيقاً للمادة ١٦٢٦ المقابلة للمادة ٤٢٩ م و ع "أنّ بائع العقار الذي لم يخطر المشتري بوجود إمتداد قانوني للإيجار، تم بموافقة على أحد المستأجرين، يُسأل عن التعويض قبل المشتري على أساس أعباء مُدعى بها على المبيع، ولم يصرح بها عند البيع، وليس على أساس عيب خفي في المبيع.

وعلى ذلك ليس ما يمنع من أن يؤخذ برأي الفقه وبما حكم به القضاء الفرنسي لهذه الجهة في ظل القانون اللبناني على اعتبار أن المادة ٤٢٩ م و ع مطابقة تماماً للمادة ١٦٢٦ مدني فرنسي ، خصوصاً لأن هذا الأمر لا يتناقض مع ما جاءت به المادة ٤٢٩ م و ع بحيث إشتطرت وجوب إلزام البائع بالضمان بالنسبة للأعباء التي لم يصرّح بها . دون أن تشترط ذلك في حالة الإستحقاق الكلّي أو الجزئي الأمر الذي يفيد وجوب توفّر حسن نيّة المشتري فقط بالنسبة لحالة وجود أعباء أو تكاليف على المبيع والتي لم يصرح بها من قبل البائع . أما في حالة تصريح البائع بهذه الأعباء فلا يكون المشتري في مثل هذه الحالة حسن النيّة .

إذن ، يقتضي الأخذ بالرأي القائل بوجوب توفر حسن نيّة المشتري بالنسبة للأعباء فقط دون الإستحقاق الكلّي أو الجزئي لأن المشتري لو أراد وجوب توفّر حسن النيّة بالنسبة للإستحقاق الكلّي أو الجزئي كان أوجب توفّر هذا الشرط في مثل هذه الحالة كما فعل بالنسبة للأعباء .

الفرع الثاني: التفرقة بين الإرتفاقات الناشئة عن الأعمال القانونية والإرتفاقات القانونية التي ترد على الملكية

قلنا، أنّه لكي يستطيع المشتري الرجوع بالضمان على البائع، يجب أن يكون حسن النية، غير عالم بوجود تكليف على المبيع. هذا الحكم يسري على جميع الحقوق التي يدّعي بها الغير على المبيع، ومن بينها حقوق الإرتفاق، إلا أنّ لحقوق الإرتفاق التي تنقل المبيع وضع خاص. لذا سنتكلم عن حقوق الإرتفاق التي تنشأ عن الأفعال أو الأعمال القانونية التي يحدثها الإنسان، وعن حقوق الإرتفاق الطبيعية أو القانونية التي ترد على الملكية.

*الإرتفاقات الناشئة عن الأفعال او الأعمال القانونية التي يحدثها الإنسان: نصت المادة ٤٣٩ م و ع على أنه: "إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة (أي حقوق إرتفاق غير ظاهرة)، لم يصرح بها، وكانت كبيرة الشأن إلى حدّ يمكن معه التقدير أنّ المشتري لو علم بها لما اشترى، حقّ له أن يفسخ العقد، إذا لم يفضل الإكتفاء بأخذ العوض."

من هذا يتبيّن أن حقوق الإرتفاق قد تكون غير ظاهرة وغير مصرّح بها، وفي هذه الحالة يكون للمشتري - إذا كانت من الجسامة بحيث لو علم بها سلفاً لما أقدم على التعاقد - أن يطلب فسخ العقد، أو يكتفي بطلب التعويض ويقابل المادة ٤٣٩ م و ع المادة ١٦٣٨ من القانون المدني الفرنسي. إنّ نوعية نظام الضمان تستلزم أن تكون النفقات (الحقوق) التي يجهلها الشاري المعنية في الموضوع، حتى يحقّ له طلب فسخ العقد، "من الأهمية لدرجة الزعم بأنّه لو كان المتملّك يعلم بوجودها لما كان أتمّ عملية الشراء". وتقدير مدى جسامة تلك الحقوق من المسائل الواقعية التي تترك لتقدير المحاكم. أما إذا كانت هذه الحقوق ظاهرة، فإنّه يفهم من نصّ المادة ٤٣٩ م و ع أنّه لا يكون للمشتري الرجوع على البائع طلب الفسخ. ذلك أن المشتري يفترض في هذه الحالة أنّه ينبغي أن يعلم المشتري بما يتقل المبيع من حقوق إرتفاق، حتى لو لم يذكر شيء في العقد يتعلق بها.

أمّا إذا كان الإرتفاق ظاهراً، ومع ذلك أكدّ البائع أنّه غير موجود وأنّ المبيع خالٍ من الإرتفاق، فللمشتري أن يلجأ إلى أعمال الجزاء الذي نصّ عليه القانون في هذا الصدد، إذ أنه يعتمد على تأكيدات البائع. ويقرّر الفقه الفرنسي في هذا الصدد أنّه لا يلزم أن يؤكد البائع خلو المبيع من حقوق الإرتفاق، وإنما يكفي أنّ يعلن بصفة عامّة أنّه خالٍ من أي إرتفاق.

تميز المادة ٦٨٩ مدني فرنسي الإرتفاقات الظاهرة "لأنها تظهر من خلال أعمال خارجية كالإرتفاق أو النافذة أو قنطرة المياه، والإرتفاقات غير الظاهرة" التي لا تملك علاقة خارجية تظهر وجودها كمنع البناء على العقار مثلاً أو البناء حتى علوّ محدد^١

وقد يكون حقّ الإرتفاق غير ظاهر، كالإرتفاق بعدم البناء مثلاً، ولم يكشف عنه البائع، ومع ذلك يعلم به المشتري منذ البيع عن غير طريق البائع. في هذه الحالة يمكن للمشتري الإلتجاء إلى أحكام الضمان

^١ . Jacques Ghestin, par , Jérôme Huet: op , cit , P : 231 .

مترجم منه للعربية

والرجوع على البائع. وهل يلزم أن يعلم المشتري بوجود حق إرتفاق من البائع نفسه، أم يكفي أن يعلم به من أي سبيل آخر؟

- المشرع المصري قصر على حالة أن يكون البائع قد إشتراط عدم الضمان.
- أما المادة ٤٣٩ م و ع المقابلة للمادة ١٦٣٨ مدني فرنسي لم تحدّد صراحةً ما إذا كان البائع أو غيره هو الذي يكشف عن حقّ الإرتفاق للمشتري، وإنما اكتفت بالنصّ على الحقوق التي لم يصرّح بها، *sans qu'il en ait été fait declaration*. هذا ما دعى جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنه يصحّ أن يعلم المشتري بحقوق الإرتفاق من أي سبيل آخر غيرالبائع.^١ وهذا رأي معقول، خاصّة وأنّ المشرع لم يستلزم صراحة قيام البائع بإعلام المشتري، لأنّ هذا الأخير إذا كان قد علم بحقوق الإرتفاق من أي سبيل وأقدم على التعاقد عدّ متنازلاً عن حقه في الرجوع على البائع بالضمان. كما أن البائع إذا كان قد علم بأن المشتري قد اشتري وهو على بينة فلا يكون ملزماً بإخباره بأمر يعلمه من قبل. وبالتالي كل ما هو على البائع في هذه الحالة - عند النزاع- أن يثبت علم المشتري علماً حقيقياً بوجود حقوق الإرتفاق، ولا يكفي إثبات علم المشتري.

ولكن السؤال الذي يطرح ماهو الحكم بالنسبة للعلم المستمدّ من التسجيل؟ هل يقوم مقام إعلام المشتري؟ إنقسم الفقه الفرنسي حول هذا الموضوع، فذهب فريق إلى أنّ الإرتفاق المسجّل كالإرتفاق الظاهر وكالإرتفاق الذي أبان عنه البائع للمشتري وقت العقد، وتبعاً لذلك لا يكون للمشتري الرجوع بالضمان، وذلك لأن شهر حق الإرتفاق يعني إفتراض العلم به، حتى ولو لم يعلم به المشتري حقيقةً.^(٢)

أمّا الفريق الآخر، فقد إعتبر أنّ التسجيل لا يقوم مقام إعلام البائع للمشتري بوجود حقّ إرتفاق غير ظاهر. ذلك أنّ القانون إذا كان يستلزم إعلام البائع للمشتري بوجود حقّ إرتفاق، فإنّه يقصد من وراء ذلك أن يعلم المشتري علماً حقيقياً بما يتقل المبيع. فلا يكفي القول بأنّ المشتري يمكنه أن يعلم بحقّ الإرتفاق لأنّه مشهر، فمن المحتمل ألا يعرف بوجوده وقد لا يطلّع على دفتر التسجيلات. ولهذا لا يكفي مجرد التسجيل حتى يمتنع على المشتري الرجوع بالضمان فمجرد ذكر حقّ الإرتفاق في دفتر التسجيل لا

^١ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel : op . cit , N°102 P: 109.

مترجم منه للعربية

^٢ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel : op . cit , N°102 P: 110.

مترجم منه للعربية

يجعله ظاهر. ويؤكد ذلك كما يرى بعض أنصار هذا الرأي أمثال: Aubry et Rau, Laurent – أن البائع يضمن دائماً التكاليف الواقعة على عقار بسبب وجود رهن، على الرغم من شهر حق الرهن ومن أنه يُسهّل على المشتري العلم به.

في لبنان، إتجهت محكمة التمييز اللبنانية إلى الأخذ بالرأي الثاني، الذي يعتبر الرأي السائد لا في فرنسا وحدها بل في مصر كذلك، فهي لا تعتدّ بمجرد العلم القانوني الذي يبني على القيد في السجل العقاري. بحيث اعتبرت: "أن عبء التخطيط إذا لم يكن ظاهراً، فإنه يعتبر من الأعباء الخفية التي يجب على البائع أن يصرّح بها عند البيع، وأن قيد إشارة التخطيط في السجل العقاري لا يعفي البائع من التصريح به للمشتري عند العقد، وليس للبائع أن يدلي أنه كان بإمكان المشتري أن يستعلم عن الأعباء العالقة بالمبيع". كما جاء في القرار "أن قيود السجل العقاري الموضوعة لحماية الغير لا تعفي البائع من موجب الضمان المترتب عليه بحكم القانون."¹

تبرير هذا الإتجاه كان بالإستناد إلى النصوص الواردة في قانون (م و ع) فالمادة ٤٢٩ م و ع على أنه: « يتوجب على البائع أن يضمن الأعباء المدّعى بها على المبيع والتي لم يصرّح بها عند البيع». فلا بدّ من أن يصرّح بتلك الأعباء حتى يقطع على المشتري سبيل الرجوع بالضمان.

المادة ٤٣٩ م و ع: التي تتكلم عن حقوق الإرتفاق غير الظاهرة والتي لم يصرح بها كذلك، فإذا كان حق الإرتفاق غير ظاهر وغير مصرّح به ظلّ إلتزام البائع بالضمان قائماً.

لا شكّ في أن النصوص الواردة في قانون الموجبات والعقود، عندما ساروا وراء المشرّع الفرنسي أنهم يأخذون بنظام مختلف بالنسبة لشهر الحقوق، وهو نظام السجل العقاري، بحيث يمكن التوصل بسهولة لمعرفة حالة العقار، وأخذ صورة كاملة عما قد يتقله من تكاليف وأعباء واجبة الشهر، بحيث يتيسر علم المشتري بها علماً حقيقياً. ونظام السجل يقرّ مبدأ العلنية المطلقة لقيوده، ويعتبرها موجودة تجاه الغير من تاريخ القيد. فإذا كان نظام السجل يمكن من إعطاء صورة كاملة عن حقوق الإرتفاق والأعباء الموجودة

¹ تمييز مدني لبناني، الغرفة ١، قرار رقم ١٠٢ تاريخ ١٠/١١/١٩٦٤، النشرة القضائية ١٩٦٤، ص ٧٨.

والتي يتعين شهرها، فإنه مما لا شك فيه أنه لا يوجد مجال للتردد في الإبقاء على التزام البائع بالضمان في هذه الحالة، طالما أنه بالإمكان معرفة وضع العقار وحالته معرفة تامة.

ولكن بالرغم من هذا الاختلاف بين أنظمة الشهر في كل من لبنان وفرنسا، فإن هناك الإتجاه الآخر في فرنسا والذي يعتدّ بالعلم المبني على التسجيل، إذ يرى أنصار هذا الإتجاه أنه ينبغي أن ينتج التسجيل آثاره كاملة في مواجهة المشتري بشرط أن يتم ذلك قبل تسجيل البيع، سواءً كان في صالح المشتري أو ضدّ مصلحته.¹ ولا يمكن الإستناد في هذا الصدد إلى ما يقول به أنصار الرأي الآخر فبالرغم من أن الرهن يخضع للشهر فإن المشتري بقيامه على المبيع لا يسقط حقّه في الرجوع بالضمان، وإن كان هذا مسلماً به فإنه هذا يرجع إلى أنّ الرهن ليس عبئاً يقع على المبيع مثل الأعباء الأخرى، ذلك أن إشتراط حسن النيّة للرجوع بالضمان لا يستلزم إلا بالنسبة للأعباء التي تقع على المبيع، وليس الرهن من بين تلك الأعباء.

لذا، فإنّه يجب أن يُعاد النظر في هذا الموضوع بالنسبة لنظام القانون اللبناني، وخاصةً بالنسبة للأعباء التي تقع على المبيع وتكون مقيدة وقت البيع في السجل العقاري. إذ يجب أن يُعطى للعلم المستمدّ من السجل نفس الأثر الذي يعطى للعلم الذي يترتب بناءً على تصريح البائع بالأعباء التي تقع على المبيع. وعندئذٍ إن كلّ عبء يقع على المبيع، ويكون مشهراً عن طريق القيد في السجل العقاري، يجب أن يُعتبر في حكم الأعباء المصرّح بها، وتبعاً لذلك لا يكون للمشتري الحقّ في الرجوع بالضمان على البائع.

• الإرتفاقات الطبيعية أو القانونية:

بالنسبة للإرتفاقات الطبيعية الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن والإرتفاقات القانونية التي تنشأ عن موجبات مفروضة بالقانون. فإنّ الفقه الفرنسي يسلم بأن الإرتفاقات الطبيعية والقانونية التي ترد على الملكية لها صفة العمومية بالنسبة للعقارات التي توجد في ظروف معينة، فإنه لا يقوم بشأنها ضمان، سواءً كانت ظاهرة أو مستترة، سواءً علم بها المشتري أم لم يعلم، إذ لا يعذر أحد بجهله تكليف يفرضه القانون، ولا يجبر على الكشف عنها للمشتري. فالإرتفاقات القانونية هي قيود ترد على الملكية، أو تعديلات تقيد من إطلاق حقّ الملكية فلا يكون للمشتري الرجوع على البائع بدعوى ضمان إستناداً إلى إرتفاق أو قيد قانوني.

¹ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٦١.

أما بالنسبة للإرتفاقات القانونية التي تصعب معرفتها كإرتفاقات التنظيم التي تفرضها الإدارة في بعض المناطق، كالإرتفاق بعدم البناء، فعندها يتوجب على البائع أن يكشف عنها للمشتري وإلا إلتمز قبله بالضمان هذا ما قرره القضاء الفرنسي.

وهكذا اعتبرت الإرتفاقات التابعة لمخطط التنظيم المدني بأنها "ليست نتيجة طبيعية لطبيعة ووضع المبنى" وأنه يجب التصريح عنها. أو أن يصبح من الضروري على البائع أن يعلم الشاري بهذا نوع من الإرتفاقات طالما أن وضع الأماكن لا يسمح بمعرفة هذه الإرتفاقات. وبالعكس إن الإرتفاقات الشرعية الناتجة عن النظام الطبيعي للملكية كإرتفاق المرور مثلاً في حالة الحصر ليس من الضروري الإعلام به. إلا أنه تم في بعض الأحيان توسيع نطاق موجب الإعلام ليشمل إرتفاقات ظاهرة هذه الإرتفاقات لا يجب من حيث المبدأ أن يجهلها الشاري كمثل حالة إرتفاق المرور في حالة الحصر والتي تظهر إجمالاً بوجود طريق للمرور.

إلا أن محكمة القضاء العليا الفرنسية حكمت في حالة إرتفاق مرور أنبوب لم يكن في حالة إستخدام يوم تم الشراء، أنه كان على البائع إعلام الشاري بهذه النفقة (الحق)، حيث أن الشكل الظاهري لم يكن واضحاً في تلك الحالة.

إذن، يوجد في هذا الموضوع موجب إعلام جازم جداً يقع على عاتق البائع، والأضمن له أن يُعلم المشتري بجميع النفقات والإرتفاقات الخاصة بالملكية وذلك لتفادي أي قضية ضمان مستقبلية.¹

فإذا كان بالإمكان أن يؤخذ بهذا في ظل القانون اللبناني، إلا أنه يجب أن يدخل في الإعتبار، ما قد يوجد من قيود تتعلق بهذه الأعباء في السجل العقاري، من حيث الإعتداد بالعلم المستمد من هذا السجل.⁽²⁾

المبحث الثالث: نطاقه وخصائصه

¹ . Jacques Ghestin, par , Jérôme Huet: op . cit , P : 232 .

مترجم منه للعربية

² توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

لمّا كان البائع يضمن التعرّض الصادر عن الغير، إلا أنّ لهذا التعرّض نطاقه وخصائصه التي تميزه. لذا سنعالج من خلال هذا المبحث نطاق هذا الضمان في (الفرع الأول) ومن ثم سنتطرق إلى خصائص هذا الضمان في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق ضمان التعرّض الصادر من الغير

ينشأ إلتزام البائع بالضمان من كل عقد بيع، ويستوي في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل. كما يستوي أن يتم البيع بإختيار البائع أو جبراً عنه قضائياً أو إدارياً.¹ فيمتدّ ضمان التعرّض الصادر عن الغير إلى جميع أنواع البيوع مثل البيع بالمزاد الذي يتناول أملاك المفلس. أمّا بالنسبة للعقارات الخاضعة لنظام السجل العقاري، إن البيع المشمول بموجب الضمان، هو ذلك الذي تم تسجيله في السجل العقاري، وليس مجرد العقد العادي الذي يعطي المشتري حقاً شخصياً بطلب التسجيل وهذا الحل قرّره الإجتهد اللبناني.²

إذن، إنّ إلتزام البائع بالضمان يقوم في كل البيوع، متى تمّت صحيحة، وحتى ولو كان حسن النية يجهل أسباب الإستحقاق، وبصرف النظر عمّا إذا كانت مسجلة أو غير مسجلة وسواءً كانت البيوع إختيارية أم جبرية. ومع ذلك يثور التساؤل في حالة البيوع الجبرية وفي حالة توالي البيوع عن يمكن الرجوع عليه بالضمان؟

أ- في البيوع الجبرية

إنّ تمام البيع على يد القضاء لا يُزيل عنه وصف البيع ولا يُبعد عنه حكماً من أحكامه أو أثراً من آثاره إلا بنصّ صريح. ولا جدال في أنّ البيوع الجبرية هي بيوع يكون المحكوم له أو الراسي عليه المزاد فيها هو المشتري.³

ولهذا يُثار الأمر بصفة خاصّة في حالة البيوع التي تتم بناءً على طلب الدائنين والتي تعتبر من أهمّ البيوع القضائية حيث يثور التساؤل عمّن يكون الضامن في هذا النوع من البيوع، أهو المدين المنزوعة ملكيته أم هم الدائنين الذين باسروا التنفيذ على المبيع أم هم الدائنين الذين دُفع إليهم الثمن؟

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٣٥-١٣٦.

² مروان كركبي، مرجع سابق، المنشورات الحقوقية، لبنان- بيروت ١٩٩٨، ص ٢١٦.

³ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

هناك خلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة، فهناك من رأى من أن الرّاسي عليه المزاد يرجع على الدائنين لأنهم في مركز البائع بالنسبة لقبض الثمن، وخاصّة أن الغالب أن يكون الرجوع على المدين بلا فائدة لإعساره أو إفلاسه. كما أنّه لا محل للإحتجاج بأن الدائنين ليسوا بمالكين، فالضمان واجب حتى ولو ظهر ان البائع باع ملك غيره، ولكن فات هذا الرأي أن البائع في الحالة الأخيرة يدّعي ملكيته للمبيع، بخلاف الحالة بالنسبة للدائنين.¹

ومن المتفق عليه في الوقت الحاضر في ظل القانون الفرنسي أنّ الدائنين الذين باشروا التنفيذ لا يمكن أن يُعتبروا بائعين نظراً لأنّ الملكية لم تثبت لهم في وقت ما. ولذا لا يكون لمن رسا عليه المزاد دعوى الضمان قبلهم في حالة التعرّض له.

وهناك رأي آخر وهو الراجح والذي يجب الوقوف عنده، وهو أنّ الضمان في البيع الجبري هو على المدين لا على الدائنين المنفذين.² إذ هو الملتزم بالضمان. فإذا باع الدائنون مال مُدِينهم بالمزاد إستيفاء لدينهم فإنّه ينشأ عن هذا البيع موجب ضمان التعرّض الحاصل من الغير. ويقع هذا الموجب في ذمة المدين الذي تظل له صفة البائع لا بذمة الدائنين الذين باشروا التنفيذ أو الدائنين الذين دفع إليهم الثمن. فمسؤولية المدين مرجعها إلتزامه بالضمان باعتباره بائعاً وهذا الإلتزام قانوني. إذاً، إنّ الرأي القائل بأن الضمان في البيع الجبري هو على المدين وليس على الدائنين المنفذين هو الرأي الأصحّ وذلك أن الضمان لا ينتقل من البائع إلى خلفه سواء الخاص أو العام وهذه خاصيّة مهمة لضمان تعرّض الغير أي لا ينتقل من البائع إلى دائنه وتطبيقاً لذلك فإن الضمان يكون على المدين وليس على الدائنين المنفذين. وعليه إذا باع الدائنون عيناً ليست ملكاً لمدينهم فالذي رسا عليه المزاد (المشتري) يمكنه الرجوع بضمان الإستحقاق على المدين في حال نزع الملكية من قبل المالك الحقيقي.³ ولا يكون للمدين أن يتحلّل من الضمان في هذه الحالة إذا كان قد أعلن أو أدخل في دفتر شروطه البيع (cahier des charges) أنّ العقار المحجوز عليه غير مملوك له، وأنه محمل بإرتفاق غير ظاهر.⁴

¹ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

² عبد المنعم البدرأوي، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

³ علي ابراهيم، مرجع سابق، ص ١١٩.

⁴ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

على أنّ رجوع الراسي عليه المزداد على المدين يكون في الغالب معدوم القيمة، إذ الفرض أن هذا المدين معسر، فالسؤال الذي يطرح هو هل أن بإمكان الراسي عليه المزداد (المشتري) أن يرجع على الدائنين المنفذين أو الدائنين الذين قبضوا الثمن في هذه الحالة؟

يجوز للمشتري الرجوع على الدائنين الذين باشروا التنفيذ إذا أمكن إثبات خطأ من جانبهم. وذلك بأن يثبت أن الدائنين كانوا يعلمون أن العين التي باعوها في المزداد غير مملوكة لمدينهم أو كان ينبغي أن يعلموا ذلك، جاز له أن يرجع عليهم بالمسؤولية التقصيرية الناشئة عن غشهم أو عن تقصيرهم.^١ فأساس هذه المسؤولية هو الخطأ، بأن عرضوا أموالاً غير مملوكة لمدينهم للبيع، ولذا يلزم المشتري بإثبات هذا الخطأ. أما إذا لم يستطع إثبات ذلك، فإنه على كل حال يعتبر أنّ البيع الصادر له في المزداد بيعاً لملك الغير، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن بدعوى الإثراء بلا سبب.^٢

ب- في حالة توالي البيوع

يجمع الفقه والقضاء على أنه في حالة البيوع المتتالية لا يكون للمشتري الأخير الحق فقط في أن يرجع على البائع له، ولكنه يستطيع أن يرجع مباشرة على البائع الأول المسؤول عن الضمان.^٣ فإذا توالى البيوع، بأن باع المشتري إلى مشتري ثانٍ، فإن للمشتري الأخير إذا ما تعرّض له أجنبي تعرّضاً موجباً للضمان أن يرجع على البائع له، كما يجوز له أن يرجع مباشرة على البائع لبائعه. ورجوع المشتري الأخير مباشرة على البائع الأصلي، ليست حالة من حالات الدعوى المباشرة، كدعوى المؤجر قبيل المستأجر من الباطن أو دعوى المقاول قبيل رب العمل. فالدعوى المباشرة كما هو معروف لا تكون إلا بنص، وليس هناك نص يقضي برجوع المشتري الأخير بدعوى مباشرة على البائع الأصلي.^٤ كما أنّ الدعوى المباشرة يرفعها صاحبها بوصفه دائناً لدائن المدعي عليه، وليس الحال كذلك في رجوع المشتري

^١ . 111 P:103 N° , cit , par Hamel , Georges Ripert et Marcel Planiol

مترجم منه للعربية

^٢ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٥٩.

^٣ عبد المنعم البدر، مرجع سابق، ص ٤٧١.

^٤ اسماعيل غانم، مرجع، ص ١٧٩.

الأخير على البائع الأصلي ، فأساس هذه الدعوى أنه بالبيع إنتقلت إلى المشتري ملكية المبيع وجميع ملحقاته ومنها دعوى الضمان التي كانت للبائع.^١

كما أنّ بإمكان المشتري الثاني الرجوع على البائع الأصلي بالدعوى غير المباشرة بالنيابة عن بائعه الذي هو المشتري الأول ، غير أنّ المشتري الثاني يمكن أن يتعرّض في هذه الحالة إلى مزاحمة دائني المشتري الأول.^٢

إذاً، كما بيّنا في حالة توالي البيوع يكون للمشتري الأخير إذا استحق المبيع في يده أن يرجع على الباعة السابقين بإحدى الدعويين: الدعوى المباشرة أو الدعوى غير المباشرة. إلا أنّ الدعوى المباشرة تفضل على الدعوى غير المباشرة من ناحيتين:

الأولى: أنّ المشتري الأخير يعتبر عند إستعمال الدعوى غير المباشرة نائباً عن مدينه البائع الذي رفعت الدعوى بإسمه، ولذا يدخل ما تسفر هذه الدعوى عن تحصيله في ذمة هذا المدين، ويُلحق بالضمان العام لدائنه، فلا يختص به المشتري وحده (المادة ٤/٢٧٦ موجبات وعقود). في حين أنّه في الرجوع بالدعوى المباشرة لا يتعرّض هذا المشتري لمزاحمة هؤلاء الدائنين، لأن ما سيُحكم له به لا يدخل في ذمة مدينه.

الثانية: أنّ المشتري الأخير لا يستطيع الرجوع بالدعوى غير المباشرة على البائعين السابقين إلا إذا كان له الرجوع بدعوى ضمان الإستحقاق على البائع له، فإذا لم يكن له هذا الحق، كما لو اشترى ساقط الخيار، امتنع عليه الرجوع على الباعة السابقين بالدعوى غير المباشرة. ولكن لما كان البائع له قد نقل إليه ملكية المبيع ودعوى الضمان التي كانت له ضد الباعة السابقين، كان له الرجوع عليهم بالدعوى المباشرة.^٣

الفرع الثاني: خصائصه

^١ أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

^٢ علي ابراهيم، مرجع سابق، ص ١١٩.

^٣ أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٢٢٠-٢٢١.

عرضنا في الفصل الأول خصائص ضمان التعرّض الشخصي، وسنحاول في هذا الفرع التحدث عن خصائص ضمان التعرّض الصادر من الغير من حيث مدى قابليته للإنقسام (أ) ومن ثم عن مدى إنتقاله إلى خلفاء البائع أو خلفاء المشتري في الفقرة (ب).

أ- عدم قابلية الإلتزام بضمان تعرّض الغير وقابليته للتجزئة

كما هو الشأن بالنسبة لإلتزام البائع بعدم التعرّض الشخصي فإن إلتزامه بدفع تعرّض الغير لا يقبل الإنقسام، لأن محله وهو إقامة الدليل أي إثبات عدم أحقية المتعرّض فيما يدّعيه عمل لا يقبل الإنقسام بطبيعته، فإما أن يُثبت ذلك أو لا يُثبت. وعلى هذا إذا تعدد البائعون إبتداءً أو توفي البائع عن عدة ورثة وإدّعى أجنبي حقاً على المبيع فللمشتري أن يكتفي بمطالبة أحدهم بتنفيذ الإلتزام بضمان التعرّض كاملاً أي أن يقوم بدفع التعرّض بالنسبة للمبيع كلّ. وهذا يعني أن أياً من الباعين أو من الورثة ملزم بدفع التعرّض بالنسبة لأي جزء من المبيع.¹ أي ملزم بدفع التعرّض بالنسبة للمبيع كلّ وليس في نصيبه فحسب. وكذلك إذا تعدّد المشترون فعلى البائع أن يدفع التعرّض بالنسبة لكل منهم.²

هذا بالنسبة لموجب البائع بضمان تعرّض الغير في صورته الأولى وهي تنفيذ الموجب عيناً، وهو غير قابل للإنقسام أو التجزئة، أما بالنسبة لتنفيذ الموجب في صورته الأخرى وهي صورة تنفيذ الموجب بدلاً - أي صورة المطالبة بالتعويض - فهو بطبيعته قابلاً للتجزئة. فإذا تعدد البائعون فلا يلتزم كل منهم قبل المشتري إلا بما خصّه من مقدار التعويض ولكن يُلاحظ أنّ الدين وإن كان قابلاً للإنقسام بطبيعته إلا أنّه إذا توفي البائع وتعدد ورثته فإنّ الإلتزام لا ينقسم بينهم لأنّه مضمون بكل أموال التركة فيستطيع المشتري أن يطالب أي وارث بكل الدين إذا كان ما آل إليه من أموال التركة يمكن أن يفي بالتعويض المطلوب.³ فإذا تعدد المشترون جاز لكل منهم أن يطالب البائع بنصيبه بالتعويض بأكمله، ولإيضاح كيف يمكن أن يكون الإلتزام بدفع تعرّض الغير قابلاً للتجزئة وكيف يكون أيضاً غير قابل للتجزئة؟ سنعرض المثال الآتي:

لو باع شخصان منزلاً على الشيوع وتعرّض للمشتري أجنبي يدّعي حقاً على المنزل، كان للمشتري أن يطلب من أي من الباعين تنفيذ الإلتزام بضمان التعرّض كاملاً تنفيذاً عينياً بأن يطلب أن يجعل الأجنبي

¹ علي ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٢.

² محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٣٠-٣٣١.

³ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٨٢.

يكف عن تعرّضه في المنزل كلّه لا في نصيب هذا البائع فحسب. ويرجع الأجنبي عادةً في دعوى إستحقاق المنزل على المشتري، فيدخل المشتري أحد البائعين ضامناً في الدعوى وعلى البائع الذي أدخله المشتري أنّ يثبت أن إدعاء الغير لا أساس له في كل المنزل لا في نصيبه فقط. وله أنّ يدخل البائع الآخر ضامناً معه في الدعوى ليعاونه في هذا الإثبات، وليتحمل معه مصروفات الدعوى عند الإقتضاء، والمصروفات هنا قابلة للإنقسام فتقسم عليهما بنسبة نصيب كل منهما وليُحكّم عليه بالتعويض إذا ثبت إستحقاق الأجنبي للمنزل، والتعويض أيضاً قابل للإنقسام فيُحكّم على كل واحد بنسبة نصيبه في المنزل. فالإلتزام في صورته الأولى غير قابل للإنقسام بطبيعته، أمّا في صورته الثانية فهو قابل للإنقسام لأن محل الإلتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الإنقسام بطبيعته. ففي المثال السابق إذا نجح الأجنبي في تعرّضه واسترد المنزل من تحت يد المشتري عندها يحق للمشتري أنّ يرجع على أي من البائعين بقدر نصيبه في المنزل ومن ثم ينقسم التعويض بينهما.¹

ب-مدى انتقاله إلى خلفاء البائع أو خلفاء المشتري:

لا بدّ لنا أولاً من أنّ نحدد من هو المدين بضمان تعرّض الغير ومن هو الدائن بهذا الضمان.

إن المدين بضمان تعرّض الغير هو البائع، فهو ضامن التعرّض الصادر منه وضامن في الوقت ذاته التعرّض الصادر من الغير. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه: "ليس للمشتري في حالة إستحقاق الغير للمبيع. إلا حقّ الرجوع على البائع بالضمان".

فالإلتزام بضمان تعرّض الغير لا ينتقل إلى خلفاء البائع فلا ينتقل إلتزامه إلى الخلف العام. والسبب في ذلك أن الإلتزام في القانون اللبناني والمصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة. فمثلاً إذا باع شخصاً عيناً مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقي إمّا أنّ يسترد العين من المشتري، ومن ثم يرجع هذا الأخير بالتعويض على تركة البائع لا على ورثته، وإمّا أنّ المالك الحقيقي لا يفلح في ذلك كأن يكون المبيع منقولاً ملكه المشتري بمقتضى قاعدة الحيابة، وفي هذه الحالة ليس أمام المالك الحقيقي إلا أنّ يرجع بالتعويض على التركة لا على الورثة.²

وغني عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل إستنزال ديونها، ومنها هذا الدين بالتعويض الذي تلتزم به التركة إمّا للمشتري وإمّا للمالك الحقيقي.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٥٤-٦٥٥.

² نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

أما بالنسبة للخلف الخاص : فإن إلتزام البائع بضمان تعرّض الغير لا ينتقل إلى الخلف الخاص، فمثلاً: إذا باع شخص عيناً وانتقلت ملكيتها إلى المشتري، ثم باع نفس العين لمشتري ثانٍ فإنّ البائع يكون مسؤولاً عن الضمان نحو المشتري الثاني. ولا شأن للمشتري الأول، وهو الخلف الخاص للبائع بذلك، كما أن هذا إلتزام لا يتعدى أثره إلى دائن البائع، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له، ولم يسجل المشتري البيع، وكان دائن البائع قد أخذ حق إختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في نزع ملكيته، فإنّ التعرّض للمشتري هنا يعتبر صادراً من الغير. ولا يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يحتج على الدائن بإلتزام البائع بضمان تعرّض الغير، لأنّ هذا الإلتزام لا يتعدى إلى دائن البائع.

* **كفيل البائع:** يكون مُلزماً مع البائع بضمان التعرّض الصادر من الغير، فإذا باع شخص عيناً وكفله في البيع شخص آخر، ثم ظهر أنّ العين المبيعة مملوكة للكفيل لا للبائع، فإنّ الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين. ذلك أنّ إسترداد الكفيل للعين هو بالنسبة للمشتري تعرّض صادر من الغير، والبائع يضمن هذا التعرّض وكذلك يضمنه كفيله، فالكفيل، إذاً، ضامن لهذا التعرّض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الإسترداد.^١

أما الدائن بهذا الإلتزام، كالدائن بموجب ضمان التعرّض الصادر من البائع، فهو المشتري الذي يقع عليه التعرّض في الحالتين. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام، فلو أنّ شخصاً اشترى منزلاً وتركه لوارث وتعرّض أجنبي للوارث في المنزل، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع عليه. وينتقل هذا الحق إلى الخلف الخاص في العين المبيعة، فلو باع شخص منزلاً، وباع المشتري المنزل لمشتري ثانٍ، فإنّ البائع يكون مُلزماً بضمان التعرّض الصادر من الغير لا نحو المشتري الأول فحسب بل أيضاً نحو المشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في المنزل المبيع. فإذا إسترد الغير المنزل من المشتري الثاني بعد أن أثبت ملكيته لها، فإنّ المشتري الثاني يستطيع أن يرجع بضمان الإستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة بإستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمّل مزاحمة دائني المشتري الأول، ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الإستحقاق على البائع بدعوى مباشرة وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد إنتقلت إليه من المشتري الأول.^٢

أما بالنسبة لدائن الشاري فإنه يستفيد من ضمان البائع للتعرّض الصادر من الغير على الوجه الآتي:

^١ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، مجلد ٤، ص ٦٥٤.

^٢ خميس خضر، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له، ثم إستحققت العين في يد المشتري، فإنّ دائن المشتري يستطيع أن يرفع بإسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان، ويستوفي حقّه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري، ولكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائني المشتري وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة.

القسم الثاني

آثار ضمان التعرّض والإستحقاق

بعد أن حدّدنا في القسم الأول من هذا البحث مفهوم التعرّض بشكل عام من حيث التعرّض الشخصي الصادر من البائع والتعرّض الصادر من الغير والطبيعة القانونية ل ضمان التعرّض والإستحقاق في عقد البيع من حيث شروطه وخصائصه ونطاقه. سنحاول من خلال القسم الثاني في هذا البحث أن نبرز آثار هذا التعرّض ومفاعيله القانونية من حيث الجزاء المترتّب عن الإخلال بهذا الموجب المفروض على البائع سواء للجزاء الناتج عن الإخلال ب ضمان التعرّض الشخصي والجزاء الناتج عن الإخلال ب ضمان التعرّض الصادر من الغير، وصور هذا الجزاء فيما يتعلّق بالتنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض، وإمكانية الإتفاق على تعديل احكام الضمان أي ما يسمى "الضمان الإتفاقي" وهو الضمان الذي يتم الإتفاق عليه فيما بين البائع والمشتري، والشروط المفروضة لتعديل أحكام الضمان.

القانون اللبناني عالج آثار ضمان التعرّض والإستحقاق وكيفية الإتفاق على تعديل احكام الضمان وشروطه في المواد ٤٣١ حتى المادة ٤٤١ من قانون الموجبات والعقود.

أمّا القانون المدني الفرنسي فقد نصّ على آثار هذا الضمان والحلول التي تحمي المشتري إلى حد كبير في المواد ١٦٣٠ حتى المادة ١٦٤٩ من القانون المدني.

وقد تمّت معالجة آثار ضمان التعرّض والإستحقاق في المواد ٤٤٠ حتى المادة ٤٦٤ التقنين المدني المصري. لذا، سنحاول من خلال هذا القسم أن نعرض الأحكام القانونية المتعلقة بآثار ضمان التعرّض والإستحقاق بشقيها الأول المتعلق بالجزاء المترتّب نتيجة الإخلال بالإلتزام بالضمان، أما الشق الثاني وهو المتعلق بإمكانية الإتفاق على تعديل أحكام الضمان. وذلك من خلال الفصلين التاليين، الأول: يتعلّق بآثار ضمان التعرّض الشخصي في (فصلٍ أولٍ)، أما الفصل الثاني فيتعلّق بآثار ضمان التعرّض الصادر من الغير .

الفصل الأول : آثار ضمان التعرّض الشخصي

لم يعرض قانون الموجبات والعقود اللبناني لآثار ضمان التعرّض الشخصي بشكل مفصل كما فعل بالنسبة لآثار ضمان التعرّض الصادر من الغير. إذ أن النصوص القانونية لم تبين بشكل مفصل وواضح جزاء هذا التعرّض الصادر من البائع شخصياً، إنما جاءت بتفصيل القواعد المتعلقة بضمان فعل الغير وآثاره وخاصةً بعرضها للجزاء المترتب عن الإستحقاق الكلي والإستحقاق الجزئي، وللجزاء المترتب نتيجة وجود أعباء ثابتة على المبيع. وقد سار الفقهاء القانونيين وراء المشرع وعملوا على تفسير النصوص القانونية كما وردت في القانون دون أدنى محاولة منهم للتفريق بين الجزاء المترتب عن التعرّض الشخصي والجزاء المترتب عن التعرّض الصادر من الغير. لذا، جاءت التفسيرات كلها منصبة على تفسير المواد القانونية المتعلقة بتعرض الغير، أما بالنسبة للجزاء المترتب على تعرّض البائع فجاءت مقتضبة.

سنحاول من خلال هذا الفصل أن نعرض لهذا الجزاء المترتب عن التعرّض الشخصي ومحاولة تفريقه عن الجزاء المترتب عن تعرّض الغير في الفصل الأول من القسم الثاني وذلك من خلال المباحث التالية : فنعرض لجزاء الإخلال بضمان التعرّض الشخصي في (مبحث أول) ومن ثم لإمكانية الإتفاق على تعديل أحكام هذا الضمان في (مبحث ثانٍ).

المبحث الأول : جزاء الإخلال بضمان التعرّض الشخصي

إن التزام البائع بعدم التعرّض للمشتري التزام دائم، بحيث يجب على البائع أن يمتنع عن التعرّض للمشتري في أي وقت بعد البيع ومهما طال الزمن. إلا أنه إذا أخل البائع بالتزامه بعدم التعرّض للمشتري بأن تعرّض فعلاً له. تولد عن هذا الالتزام الأصلي بعدم التعرّض التزام جزائي تختلف طريقة تنفيذه باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرّض^١ التعرّض^١

إلا أن هذا الالتزام الجزائي على عكس الالتزام الأصلي بعدم التعرّض، فهو يسقط بمرور الزمن وبالتالي إذا لم يُطالب به المشتري في خلال مدة التقادم وهي بحسب القانون اللبناني ١٠ سنوات و ١٥ سنة حسب القانون المصري، تحسب من وقت وقوع التعرّض فعلاً، سقط الالتزام الجزائي بالتقادم أي بمرور الزمن.

^١ خميس خضر، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

تختلف طريقة تنفيذ الالتزام الجزائي باختلاف الأحوال التي يقوم فيها الضمان، ويخضع للقواعد العامة بحيث يكون للمشتري طلب التنفيذ العيني، فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكناً أو لم يطلبه المشتري ولم يعرضه البائع حكم بالتنفيذ بطريقة التعويض. كما أنه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع لإخلال البائع بالضمان مع التعويض أن كان له محل أو مقتضى.

كما أن الجزاء المترتب على تعرّض البائع للمشتري يأخذ صوراً مختلفة هي التضمنات التي تستحق للمشتري بسبب التعرّض، والغرامة التهديدية لمنع البائع من التماذي في تعرّضه، وحرمان البائع من القيام ببعض الأعمال القانونية، وعدم سرّيان التصرفات القانونية التي يأتيها البائع بخصوص المبيع بمواجهة المشتري، والدفع بضمان التعرّض. سنحاول من خلال هذا المبحث : التنفيذ العيني في (فرع أول)، والتنفيذ بطريق التعويض في (فرع ثانٍ).

الفرع الأول : التنفيذ العيني

تختلف طريقة التنفيذ العيني باختلاف صورة التعرّض، بين ما إذا كان التعرّض تعرضاً مادياً من قبل البائع أو تعرضاً مادياً مستنداً إلى تصرف قانوني أو تعرضاً قانونياً بحتاً.

- إذا كان التعرّض مادياً : أي أن يتعرّض البائع أو ورثته تعرضاً مادياً، كان للمشتري أن يطلب التنفيذ العيني إن كان ممكناً ويكون بذلك بمنع البائع وورثته من القيام بالفعل الذي يشرع فيه أو يمنعه من الاستمرار عن كل عمل يأتيه البائع متعرضاً له. ومثال ذلك : إذا شرع البائع في وضع يده فعلاً طلب طرده منها¹.

أما إذا كان تعرّض البائع للمشتري القائم على أعمال مادية محضة فقد اتخذ صورة منافسة المشتري في المتجر المبيع، كان للمشتري طبقاً للقواعد العامة²، أن يطلب التنفيذ العيني إن كان ممكناً، وذلك بطلب إزالة ما وقع بالمخالفة لالتزام البائع بالضمان، فيكون له طلب غلق المتجر المنافس³. كما يجوز أن يُحكم على البائع بتهديد مالي أو بغرامة إكراهية عن كل يوم يتأخر فيه عن إقفال المتجر. ويكون له فضلاً عن ذلك طلب التعويض عمّا أحدثه تعرّض البائع من ضرر.

¹ خميس خضر، مرجع سابق، ص ٣٥٣.

² تراجع المواد ٢٤٩ و ٢٥٠ و ٢٥١ م و ع المتعلقة بتنفيذ الموجب بأدائه عيناً.

³ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣١٧.

كما يكون له طلب الفسخ لعدم تنفيذ البائع التزاماته، كما يجوز للمشتري في حال كان لم يسدّد الثمن بكامله بعد، أي أن جزءاً منه لم يُدفع بعد، فللمشتري أن يحبسه إلى حين أن يتم التنفيذ العيني^١. وهذا ما ورد في المادة ٤٧٠ م و ع بحيث أعطت للمشتري الحق في حبس الثمن ما دام البائع لم يُزل عنه التعرّض.

- إذا كان تعرّض البائع تعرضاً مادياً مستنداً إلى تصرّف قانوني. والمثال على ذلك: قيام البائع ببيع المبيع إلى شخص ثالث، أي قيام البائع ببيع العقار مرّة أخرى إلى مشتري ثانٍ وسبق المشتري الثاني إلى التسجيل فهذا يُفضّل المشتري الثاني على الأول ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض على البائع لإخلاله بتنفيذ العقد عينياً^٢. أما بموجب ضمان إستحقاق الغير وإما بموجب ضمان البائع للتعرّض الشخصي لأن الغير إستمد حقه من البائع نفسه.

- إذا كان التعرّض قانونياً: كما لو اتخذ التعرّض شكل دعوى يرفعها البائع على المشتري، كدعوى إسترداد المبيع، أو دعوى تثبيت حق إرتفاق غير ظاهر على المبيع، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بأن "من وجب عليه الضمان يمتنع عليه التعرّض"، ومتى حكم بقبول هذا الدفع ويرفض دعوى البائع كان هذا بمثابة التنفيذ العيني لإلتزامه بضمان التعرّض الشخصي^٣.

أو أن يبيع أحدهم مال غيره، ثم يصبح بعد فترة مالاً للمبيع، فيبادر إلى المطالبة بالمبيع بصفته مالكاً له، وبحجة أنه عندما تم عقد البيع لم يكن هو المالك، فجزاؤه رفض دعواه بناءً على دفاع المشتري بالمطالبة بالضمان. وهذا الدفاع يدلي به ضد البائع ولو لم يمتلك مال الغير أيضاً، فضلاً عن أن المادة ٣٨٥ م و ع لا تمكّن بائع مال الغير من الادعاء ببطان العقد بحجة بطلان البيع المنعقد على مال الغير^٤.

إن الدفاع الذي يدلي به المشتري بهذا الصدد هو وسيلة تتعلق بالأساس، لذا، يجب أن لا يخلط بينها وبين دفع الاستمهال الذي نصّ عليه قانون أصول المحاكمات المدنية في المادة ٣٨ منه لدعوة الضمان إلى المحاكمة، هذا الدفع متعلق بسير المحاكمة لا بالأساس والمنطوي على طلب إدخال الضمان شخصاً ثالثاً في المحاكمة.

^١ محمد نبيب شنب و مجدي صبحي خليل، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

^٢ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel : op.cit, N° 94 , P: 95

مترجم منه للعربية

^٣ محمد نبيب شنب و مجدي صبحي خليل، المرجع أعلاه، ص ٢٠٤.

^٤ علي مصبح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١١٤.

إذاً، إن البائع لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع الصادر منه للمشتري لأن في ذلك ضرباً من التعرّض للمشتري والبائع مُلزم بعدم التعرّض. والسبب في ذلك أن قابلية بيع ملك الغير للإبطال إنما تقررت لصالح المشتري لا لصالح البائع، وهذا يؤكد أن البائع لا يستطيع طلب إبطال البيع. وكذلك الحال، بالنسبة للبائع الذي يبيع عيناً غير مملوكة له ثم يملكها بعد ذلك فهو لا يستطيع أن يسترد المبيع من المشتري إذ يُواجه بالالتزام بضمان التعرّض، وتتفق أحكام بيع ملك الغير مع هذا الذي نقرره من عدم استطاعة البائع استرداد المبيع من المشتري حيث يُواجه بالالتزام بالضمان. فالبائع إذا باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت الملكية من البائع إلى المشتري. وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٣٨٥ م و ع بحيث نصت على أن: "بيع ملك الغير باطل إلا إذا اكتسب البائع فيما بعد حق الملكية على المبيع". وأضافت أنه "إذا أبقى المالك أن يجيز البيع فالبائع يضمن بدل العطل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك".

وقد يقوم تعرّض البائع القانوني بتقديمه بطعن في سند ملكيته للمبيع، كما لو تقاسم مع شركائه في الشيوخ وبيع حصته التي أفرزتها هذه القسمة، فلا يجوز له بعد ذلك، أن يطعن في القسمة بالإبطال لأن هذا الطعن من شأنه أن يؤثر في حق المشتري للحصة المفروزة فيعتبر الطعن تعرضاً منه للمشتري، ومن ثم لا يسري في حق هذا الأخير^١. وذلك إستناداً إلى القاعدة التقليدية التي تقضي بأن "من كان ضامناً لا يجوز له التعرّض"، أو قاعدة "من سعى في نقص ما تم من جهته فسعيه مردود عليه" كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية، وبذلك يصل المشتري إلى الحكم برفض دعوى البائع، إذا أدلى بهذا الدفع ويكون الإلتزام بالضمان قد نفذ تنفيذاً عينياً^٢.

الفرع الثاني : التنفيذ بطريق التعويض

إذا لم ينجح المشتري في طلبه للتنفيذ العيني وذلك بمنع التعرّض الصادر من البائع سواءً أكان هذا التعرّض مادياً أو مادياً مسنداً إلى تصرف قانوني أو تعرضاً قانونياً وبإزالة كل آثار المخالفة مع التعويض أمكنه في مثل هذه الحالة اللجوء إلى التنفيذ بطريق التعويض وذلك إذا ما استحق المبيع، ويكون ذلك بإلزام البائع المتعرّض بالتعويض قبل المشتري الذي يكون له الحق في طلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي أصابه من جرّاء ذلك. إذاً، للمشتري أن يطلب فسخ العقد بدلاً من التنفيذ العيني، ويخضع هذا الطلب، وفقاً للقواعد العامة، لتقدير القاضي، فله أن يجيبه

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

^٢ سعدون العامري، مرجع سابق، ص ١٣٠.

أو لا يجيبه بحسب جسامة التعرض، وذلك ما لم يكن متفقاً في العقد على إعتبره مفسوخاً من تلقاء ذاته إذا تعرض البائع للمشتري، إذ في هذه الحالة يتعين على القاضي الإستجابة إلى طلب الفسخ حيث يسلبه هذا الإتفاق سلطته التقديرية، ومتى حكم بالفسخ جاز إلزام البائع أيضاً بالتعويض إن كان له مقتضى، ويكون التعويض وفقاً للقواعد العامة المادّة ٢٦٠ وما يليها من قانون الموجبات والعقود.

إذن، الخيار للمشتري يكون إما بالمطالبة بالتنفيذ العيني وفي حال عدم إمكانية ذلك له أن يطالب بالتنفيذ بطريق التعويض. ولا يكون له أن يطالب بأي طريقة أخرى. وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية في قرارها رقم ٢١٥٢ تاريخ ١٣/٠٣/١٩٨٦ حيث اعتبرت فيه: "أن الضمان الناشئ لمصلحة مشتري العقار نتيجة قيام البائع بتحميل العقار المبيع برهن رسمي باعتباره تعرضاً قانونياً منه لا يتيح للمشتري الذي لم يحم بقضاء الدين المضمون بالرهن وأراد استبقاء المبيع واختار التعويض العيني سوى مطالبة البائع بإزالة التعرض أو التعويض بمقابل إن إمتنع عن التنفيذ أو إستحال عليه ذلك، ومن ثم فإن طلب المشتري إلزام البائع بأن يؤدي له الدين المضمون بالرهن لينوب عنه في تسليمه للدائن المرتهن يكون غير مقبول^١ من هنا يكون للمشتري عند استحالة التنفيذ العيني أن يطلب فقط التنفيذ بطريقة التعويض وما هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة، بحيث يقوم التنفيذ بطريق التعويض مقام عدم تنفيذ الموجب عيناً.

المبحث الثاني : الإتفاق على تعديل أحكام الضمان

تكلّمنا في ما تقدّم عن أحكام الضمان القانوني، وهو الضمان المفروض على البائع بنص القانون دون حاجة إلى إشتراطه ببند خاص في عقد البيع. ولكن لما كانت أحكام الضمان القانوني المنصوص عنها في قانون الموجبات والعقود ليست من النظام العام أي لا تتعلق بالنظام العام، فإنه يجوز للمتعاقدين تعديل هذه الأحكام بشروط خاصة ترد في عقد البيع وهذا ما يسمى "بالضمان الإتفاقي".

وقد أشار المشرع اللبناني إلى الضمان الإتفاقي في المواد ٤٣٠ و ٤٣١ و ٤٣٢ م و ع. حيث نصت المادّة ٤٣٠ م وع على أنه "يحق للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدوا أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني كما يحق لهم عدم إلزام البائع بضمان ما".

^١ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

أما المادة ٤٣١ م و ع فقد أشارت إلى حالة الإعفاء من الضمان وضرورة الإبقاء على ضمان البائع لفعله الشخصي بنصها : "إن البائع وإن إشتراط عدم إلزامه بضمان ما، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي وكل إتفاق مخالف يكون باطلاً".

أما المادة ٤٣٢ م و ع نصت على أنه : "في حالة اشتراط عدم الضمان يبقى البائع ملزماً عند نزع اليد بالإستحقاق بردّ الثمن إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر".

ويبدو لنا من خلال هذه النصوص أن تعديل أحكام الضمان يشمل الزيادة في الضمان أو النقصان وقد يصل إلى حدّ الإعفاء من الضمان. وهذا ما يدل على أن ضمان التعرّض للمبيع ليس من الإنتظام العام ولا من جوهر عقد البيع وإنّ كان متلازماً معه. إلا أنه، إذا كان الضمان يتعلق بضمان الفعل الشخصي للبائع، فإنه يتعلق بالإنتظام العام ويعتبر من جوهر عقد البيع.

إن تعديل أحكام الضمان يخضع لشروط معينة يجب مراعاتها، في جميع الأحوال، بحيث أنّه يجب أن يكون الإتفاق على تعديل أحكام الضمان واضحاً فيما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، فلا يُوضع في عبارات عامة غامضة، كأن يُذكر مثلاً أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرّض القانوني والفعلي، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرّض والإستحقاق والرهون والتصرفات السابقة على البيع أو غيرها من العبارات المشابهة. فمثل هذه العبارات لا تُعدّل شيئاً من أحكام الضمان، بل تكون ترديداً للقواعد العامة بهذا الشأن. وبالتالي يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان، أن يبين في العقد الشرط الذي يُفهم منه صراحةً مخالفة ما نصّ عليه القانون لجهة تشديد الضمان أو تخفيفه أو الاعفاء منه^١. وهذا ما طبقه الاجتهاد بحيث حدد شروط الإتفاق الرامي إلى تعديل قواعد الضمان العادي حيث قرر أنه : بما أنه إذا كان صحيحاً أن للمتعاقدين، بمقتضى إتفاق خاصّ بينهم، أن يزيدوا موجب الضمان عملاً بالمادة ٤٣٠ موجبات، فإن هذا الإتفاق الخاصّ، إذا وجد هو الواجب تطبيقه دون الاحكام العامة المتعلقة بالضمان العادي، إلا أن مثل هذا الإتفاق الذي يرمي إلى تعديل قواعد الضمان العادي كما هي قواعد ضمان

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٦٦.

البائع بمقتضى أحكام الضمان العامة، ينبغي أن يكون واضحاً في الدلالة على إرادة الطرفين ومحددأ بدقة الأمور موضوع زيادة الضمان ومدى التزام الضامن بها^١.

وبما أن الإتفاق على تعديل قواعد الضمان قد يؤدي إلى التنازل عن الحق أو إسقاطه كلياً أو جزئياً، فإنه يقتضي وفاقاً للقواعد العامة عدم التوسع في تفسير العبارات التي تنم عن هذا الإتفاق. وتطبيقاً لذلك، قررت محكمة الاستئناف الفرنسية في قضية عُرضت عليها وأيدتها في ذلك محكمة النقض "عدم الأخذ بالبنود المقيدة للضمان حتى ولو كان البائع والمشتري إختصاصيين في المجال نفسه وذلك بعد إثبات وجود خطأ فادح من قبل البائع بصفته رجل اختصاص لا يستطيع تجاهل الأخطار الناتجة عن المبيع والتي كان يعلم بالأضرار التي يمكن أن تنتج عنها، خصوصاً وأن المشتري بالرغم من أنه إختصاصي في المجال التكنولوجي، إلا أن اختصاصه لا يتطابق واختصاص البائع الذي يتطلب اختصاصاً معيناً، ولهذا السبب رفضت تطبيق البنود المقيدة للضمان"^٢، تطبيقاً منها للقواعد العامة التي تقتضي بعدم التوسع في تفسير البنود التي من شأنها أن تؤدي إلى إسقاط الحق بالضمان بشكل كلي أو جزئي.

يقابل المواد المتعلقة بتعديل أحكام الضمان في قانون الموجبات والعقود، المواد ١٦٢٧ و ١٦٢٨ و ١٦٢٩ من القانون المدني الفرنسي، وكذلك المواد ٤٤٥ و ٤٤٦ من التقنين المدني المصري.

لذا، سوف يخصص هذا المبحث لشرح الأحكام المتعلقة بتعديل أحكام الضمان كما نصّ عليها القانون وذلك من خلال الفرعين التاليين : الإتفاق على الاعفاء من الضمان في (فرع أول)، والإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان في (فرع ثانٍ).

الفرع الأول : الإتفاق على الإعفاء من الضمان

تنصّ المادة ٤٣١ من قانون الموجبات والعقود على : "أن البائع وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما، يبقى مُلزماً بضمان فعله الشخصي وكلّ إتفاق مخالف يكون باطلاً".

ويقابل هذه المادة في القانون المدني الفرنسي المادة ١٦٢٨ ونصها هو الآتي :

^١ تمييز لبناني، الغرفة الرابعة المدنية، قرار رقم ٣٤ تاريخ ١٩٨٣/١١/٠١ (الرئيس شحادة والمستشاران سابا ومعلولي)، دعوى فاضل / خير الله حاتم، جزء ١٨٧، ص ٦٨٥.

^٢ محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة الأولى، قرار رقم ٨٦ تاريخ ١٩٩٦/٠٢/٢٠، صادر، مرجع سابق، ص ٣٧٧ و ٣٧٨.

Article 1628 : " qu' il soit dit que le vendeur ne sera soumis a aucune garantie , il demeure cependant tenu de celle qui resulte d' un Fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle "

ويبدو جلياً لنا أن نصّ المادة ٤٣١ م و ع مطابق تماماً لنص المادة ١٦٢٨ م. ف، إذ أنه ترجمة مطابقة للنص الفرنسي.

أما القانون المصري فقد نصّ في المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على أنه : "إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مع ذلك مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله، ويقع باطلاً كل إتفاق يقضي بغير ذلك."

تعرض النصوص المتقدمة لحالة واحدة من حالات الإتفاق على تعديل قواعد ضمان التعرّض وهي حالة الإتفاق على الإعفاء من الضمان، وهذه الحالة تحدث عندما يتنازل المشتري عن الضمان، ويتفق على إعفاء البائع منه، ومع ذلك فإن هذا الإتفاق ينصرف إلى إعفاء البائع من ضمان فعله الشخصي، فيظل إلتزامه بالضمان كاملاً، سواءً بالنسبة لأداء الثمن أم بالنسبة للمبالغ الأخرى التي يقررها القانون، إذا ما وقع الإستحقاق بسبب يستند إلى الفعل الشخصي للبائع. وإذا ما اتفق على إعفاء البائع من الضمان بالنسبة لفعله الشخصي، فإن هذا الإتفاق يقع باطلاً، لأن الإلتزام بضمان التعرّض الشخصي يتعلق بالإنظام العام. هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية بحيث اعتبرت : "أن ضمان الفعل الشخصي هو أمر يدخل في المجال العام ، وإن أي إتفاق يتعارض مع ذلك يعتبر باطلاً".^١

ولهذا يبقى البائع ملزماً بضمان فعله الشخصي، على الرغم من أن أي اتفاق مخالف تطبيقاً لنص المادة ٤٣١ م و ع السابقة الذكر. وهذا ما يدل على أن ضمان الإستحقاق بسبب الأفعال الشخصية للبائع يعد من جوهر عقد البيع.

هذا وقد اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أمثال BAUDRY و SAIGNAT " أن المشرع الفرنسي يعتبر الإتفاق الذي يسعى فيه البائع إلى إعفائه من الضمان، حتى من ضمان فعله الشخصي يُعادل الإتفاق على عدم مساءلته عن غشه" وهذا تطبيقاً للمبادئ والقواعد القانونية العامة. وهذا ما نجده في قانون الموجبات والعقود بحيث أخذ المشرع اللبناني بهذا المبدأ في نصّ المادة ١٣٨ م و ع حيث نصّ على أنه : "ما من أحد يستطيع أن يبرئ نفسه إبراءً كلياً أو جزئياً من نتائج إحتياله أو خطئه الفادح بوضعه بنداً ينفي عنه التبعة أو يخفف من وطأته وكل بند يدرج لهذا الغرض في أي عقد كان، هو باطل أصلاً ". ويبدو أن هذا الرأي هو رأي صائب على اعتبار أنه عندما يعفي البائع نفسه من ضمان

^١ Cass. 3^e civ, 17 juill 1973 , Bull , civ III , n° 487 , p: 730 .

مترجم منه للعربية

فعله الشخصي، هذا الأمر قد يقوده إلى ارتكاب أفعال وأعمال من شأنها أن تؤثر على المشتري دون أن يُسأل عنها ، لهذا السبب إن أي بند يُدرج في عقد البيع من شأنه أن يعفي البائع من ضمان فعله الشخصي فهو باطل.

كما اعتبر العلامة الفرنسي MAZEAUD أنه : "في السماح للبائع بالتعرض بنفسه للمشتري، تجريداً للمشتري من أي ضمان، وذلك بوضعه تحت رحمة البائع، إذ أنه ملزم بالضمان، ولهذا لا يصح له التعرض، مما يستتبع عدم جواز إلغاء أو إنقاص الضمان بسبب الفعل الشخصي ". إذاً، نرى أن العلامة الفرنسي MAZEAUD ذهب إلى أبعد مما ذهب إليه الفقهاء الآخرين بحيث أنه لم يكتفِ بعدم جواز الإتفاق على إعفاء البائع من ضمان فعله الشخصي لا بل تطرّق إلى عدم جواز الإتفاق على إنقاص ضمان البائع لفعله الشخصي.

لذا، بالرغم من وجود بند عدم الضمان، يبقى موجب الضمان على البائع واقعاً مع آثاره الاعتيادية ، الأمر الذي يرتب النتيجة التاليتين :

- إنَّ بند "مع عدم الضمان" لا يُعفي البائع من الموجب السلبي الذي يقع عليه بعدم التعرض للشاري، وهو يبقى بعيداً عن استثناء الضمان لصالح المشتري. فالتعرض في الواقع يتأتى عن فعل البائع الشخصي، ورغم مبدأ حرية الإتفاق لا يمكن لعملية البيع أن تتضمن بنداً يُنافي مبدأ النية الحسنة المفروضة على البائع، كما أنه يشكل فحاً حقيقياً.

- إنَّ بند "مع عدم الضمان" يبقى على سريان مفعول الموجب الإيجابي بالدفاع عن المشتري ضدّ الغير أو بالتعويض عن الضرر الناتج عن الغير الذي رفع الحيازة وقد أخذ حقه من البائع نفسه. الفكرة هي ذاتها، فمن دون هذا التحديد، يكون البند منافياً لما يفرضه مبدأ النية الحسنة المفروضة على البائع¹.

وتطبيقاً لهذه القاعدة، سنعرض الأمثلة الآتية :

أن تكون أملاك البائع خاضعة للرهن العقاري، إلا أنّ هذا الرهن غير مسجل، وقد قام ببيع أحد المباني التابعة له مع ورود جملة "مع عدم الضمان" في عقد البيع، ومن ثم تمت ملاحظته بسبب الرهن العقاري. فالبائع هنا ملزم بالضمان بالرغم من وجود هذا البند.

مثال آخر: أن يبيع شخص مبنى للثاني بموجب عقد بيع ورد فيه عبارة "مع عدم الضمان"، ومن ثم باع المبنى إلى شخص ثالث قام بتسجيل البيع قبل الشخص الثاني، وهو بالتالي يستطيع أن يطالب بحقه ضد الشخص الثاني، رغم

¹ Robert Beudant, "cours de droit civil Français" , TOME XI , 1938, N° 229 , P : 181 , 182

مترجم منه للعربية

أن البيع للشخص الثاني تمّ مع ذكر عدم الضمان، إلا أن الشخص الأول ليس معفي من الضمان برغم وجود بند "مع عدم الضمان". وبالتالي يستطيع الشخص الثاني الرجوع على بائعه أي الشخص الأول بالضمان، لأن الشخص الثالث إستمدّ حقّه منه، وبالتالي فإنّ التعرّض الصادر منه هو امتداد لتعرّض البائع نفسه، إذ أنّه يستند إلى فعل البائع. وكذلك هي الحال، فيما لو باع الأول العقار ذاته إلى شخصين بالتتالي، وبالتالي فإن أحد هذين المملكين الذي يسبق ويسجل سنده بتاريخ أسبق، يكون له الأفضلية في الملكية، وهنا، حتى لو أن المشتري المخدوع، كان ملك الشيء "مع عدم الضمان" فإن البائع لا يُعفى نهائياً من الضمان.

إذن ، إنّ شرط عدم الضمان المنصوص عليه في العقد يثير الشك حول النوايا المحددة لكلا الطرفين . وتطبيقاً لهذا اعتبر إدراج شرط عدم الضمان في العقد المسموح به بحسب المادة ١٦٢٧ مدني فرنسي المقابلة للمادة ٤٣٠ م و ع أمراً يُبقي على مسؤولية البائع عن الضرر الذي تكبده المشتري إذا ما تبين أن هذا الشرط المذكور هو شرط شخصي محض .

ومهما توسعت حرية المتعاقدين فيما يخصّ هذا الموضوع أي "شرط الإعفاء من الضمان" يبقى أن القانون يضع لهذه الحرية نقطتان حدوديتان : الأولى : وهي من وجهة النظر التوسيعية وهي لا تسمح للبائع بالتصل من المسؤولية عن أفعاله الشخصية المادة ١٦٢٨ مدني فرنسي . الثانية : وهي من وجهة نظر موضوع التعاقد وهي أن شرط عدم الضمان لا يُعفي البائع من ردّ ثمن المبيع إلى المشتري الواقع عليه فعل نزع اليد ، فيما عدا الحالة التي يكون فيها المشتري قد أخذ على عاتقه أو كان على علم بسبب رفع اليد أثناء إتمام عملية الشراء^١ .

ولكن يبقى أن نحدد ما هو المقصود بالفعل الشخصي ؟

المقصود بالفعل الشخصي، أي فعل يكون البائع شخصياً هو السبب المباشر فيه للإستحقاق، سواء وقع منه التعرّض بصورة مباشرة، أم وقع من الغير بسبب يستند إلى فعل البائع. ويُعدّ من هذا القبيل إبطال سند البائع للغلط أو الإكراه أو التدليس(الخداع) أو الغبن. كما يُعدّ كذلك قيام البائع ببيع الشيء مرة أخرى، بحيث يُفضّل المشتري الثاني على

^١ Juris classeur , "obligation du vendeur" ; "vente" Fasc.250 , edition techniques 1995 N° 20 , 28 , 33 , p:4 et 5 .

مترجم منه للعربية

المشتري الأول، لسبق قيامه بالقيود في السجل العقاري أو تسلم الحيازة^١. كما هو الحال في المثالين الثاني والثالث الوارد ذكرهما سابقاً. إذن، يُقصد بكلمة "فعله الشخصي" بحسب النصوص القانونية، أثر الحق الذي يُمارسه البائع نفسه أو أي شخص أوجد البائع لأجله هذا الحق، ومن الطبيعي أنه لا يستطيع البائع الإفلات من أفعاله بإبرامه الإتفاقيات، لأن هكذا نصوص تعني أنه يُصرّح بعدم مسؤوليته عن الغشّ الذي قد يقوم بفعله^٢.

ويقتضي الإشارة، إلى أن المادة ٤٣١ م و ع التي نصت على "أن البائع يظل مُلزماً بضمان فعله الشخصي حتى ولو اشترط عدم إلزامه بضمان ما"، لم تفرق بين ما إذا كان فعل البائع سابقاً أم لاحقاً على البيع. ودون أن تُحدّد ما إذا كان التعرّض الصادر منه تعرّض مادي أو قانوني، بحيث أنه يُمتنع التعرّض للمشتري بأي نوع من أنواع التعرّض سواء أكان التعرّض مادياً أم قانونياً، وتبعاً لذلك فإن الشرط الذي يُعفيه من هذا الضمان باطل ولا أثر له، إذ يجوز للمشتري الرجوع عليه بالضمان كاملاً كما لو كان البيع خالياً من هذا الشرط^٣. ذلك أن البائع قد تعهد بأن ينقل للمشتري ملكية المبيع وأن يضمن له حيازته حيازة هادئة، ولهذا فإن القانون يفترض أنه إذا ما سمح له بأن يتعرّض بنفسه للمشتري، فإنه يرتكب بذلك غشاً، مما يستتبع بطلان مثل هذا الإتفاق، إذ لا يجوز الإتفاق على عدم مساءلة الشخص عن غشه. وما هذا إلا تطبيقاً لما نصّ عليه القانون بصفة عامة في المادة ١٣٨ من قانون م و ع السالفة الذكر. فتطبيقاً لهذه المادة لا يمكن للبائع أن يُبرئ نفسه من نتائج احتياله أو غشه بوضعه بنداً في العقد ينفي عنه المسؤولية بشكلٍ مسبق. فالبائع لا يمكن أن يُعفي نفسه - عن طريق إدراجه بنداً في العقد - من ضمان فعله الشخصي، كأن يُعفي نفسه من الضمان إذا ما قام شخصياً بالتعدي على العقار الذي باعه^٤. وهذا المنع وارد في نصّ المادة ٤٣١ م و ع بشكلٍ خاص، ويُستنتج من نصّ المادة ١٣٨ م و ع بشكلٍ عام.

وقد رأى الفقه الفرنسي، أن نصّ المادة ١٦٢٨ م.ف والمطابق تماماً لنصّ المادة ٤٣١ م و ع، قد ورد بصيغة مطلقة، وأن الإتفاق على الإعفاء من ضمان الأفعال الشخصية للبائع لا يكون باطلاً إلا إذا كان شرط الإعفاء من الضمان

^١ Marcel Planiol ,Georges Ribert et hamel. op. cit. N° 123 P : 133.

مترجم منه للعربية

^٢ . 6 p:34 N° , Fasc.250 "vente" op.cit Juris classeur

مترجم منه للعربية

^٣ عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

^٤ مروان كركي، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

عاماً^١. بمعنى أن هذا الإعفاء من الضمان جائز قانوناً، أما إذا كان الإعفاء من الضمان إعفاءً تاماً فغير جائز ويقع باطلاً لما ينطوي عليه من غشّ وخداع. فلا يجوز للبائع مثلاً أن يُنشئ متجراً يُنافس فيه المتجر المبيع منافسةً غير محدودة، ولواشترط عدم الضمان. وكذلك إذا صدر من البائع تصرف قانوني بعد البيع يتعارض مع حقّ المشتري، كأن يبيع العقار مرّةً ثانيةً ويبادر المشتري الثّاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول، كان البائع ضامناً لتصرفه حتى لو اشترط عدم الضمان^٢. هكذا لا يستطيع البائع إعفاء نفسه من فعله الشخصي فأبي بئد يستبعد ضمان الفعل الشخصي فهو باطل. بحيث لا يكون من المقبول أن يتمكّن البائع، بعد التفرغ عن ماله إلى مكتسب الملكية، من التذرع بسنداتٍ أخرى منافسة والحلول محلّه وهذا ما يطبّقه الاجتهاد. إلا أن الاجتهاد في فرنسا، إعتبر أنّ ضمان الفعل الشخصي يمكن استبعاده بإرادة الفريقين إذا تمّ الإتفاق على أنّ الشاري اكتسب الملكية على مسؤوليته^٣.

هذا وقد ذهب الفقه السائد إلى أنّه إذا كان شرط عدم الضمان الوارد في عقد البيع بصيغةٍ مطلقةٍ يُعدّ باطلاً لا أثر له إذا كان سبب الإستحقاق ناشئاً عن فعل البائع، إلاّ أنّه يجوز - مع ذلك - أن يشترط البائع عدم الضمان بخصوص سبب معين بالذات ولو كان راجعاً إلى فعله بشرط ألاّ يكون المقصود منه إعفاء البائع من مسؤوليته عن الخطأ الجسيم. مثال ذلك: أن يبيع شخص صاحب مصنع أرضاً مجاورةً لمصنعه ويشترط عدم ضمان الأضرار التي قد يحدثها تشغيل المصنع للمشتري لأن من المفهوم في هذه الحالة أن المشتري قد أدخل في حسابه عند تقدير الثمن احتمال تحقّق هذا الضرر^٤.

إذن، إنّ شرط عدم الضمان يكون صحيحاً، حتى ولو ترتّب عليه إعفاء البائع من ضمان أفعاله الشخصية متى تعلق هذا الشرط بفعلٍ مُحدّد يوافق عليه المشتري، وقد يكون هذا الفعل سابقاً على البيع كما قد يكون لاحقاً عليه، فمثل هذا الشرط لا يُخالف النظام العام، إذن إنّ المشتري يعلم بذلك بسبب الإستحقاق، وله أن يُقرّر سلفاً ما إذا كان يقبل بذلك أم لا.

وهذا ما طبّقه الاجتهاد الفرنسي بحيث اعتبر أنّ المادّة ١٦٢٨ م.ف المقابلة للمادّة ٤٣١ م و ع لا تتعارض وسريان مفعول البند الذي يُعلم المشتري بحادث سابق لفعل البيع وقد يتسبّب ربّما بفعل نزع اليد، على إعتبار أنّ قبول المشتري

^١ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

^٢ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٣٩.

^٣ جبروم هوبيه، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

^٤ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

بهذه المجازفة أمرٌ متاح وقانوني. كما اعتبر الاجتهاد الفرنسي أنّ ضمان الفعل الشخصي يمكن إلغاؤه بمشيئة الطرفين إذا ما اتفقا على أن المشتري يتحمل المسؤولية بذلك. إلا أنّ قبول المشتري بأخذ الأمر على عاتقه أي على مسؤوليته ليس رهناً بتعبير قدسي أي بتعبير معين بل يمكن حصوله بأي تعبير كان، لكن في جميع الأحوال يجب أن تكون العبارة واضحة لتثبت إرادة الطرفين الأكيدة ، وفي حال الضرورة ، فإن تفسير القضاة يكون بطبيعة الأمر بحسب الظروف والعبارات المستخدمة وموضوع العقد¹.

وهذا ما قرره في قضية عُرِضَتْ عليه تتعلّق ببيع مجموعة أراضي ظهر فيما بعد أن إحدى هذه الأراضي تعود ملكيتها لشقيق البائع، الذي قام بدوره بإعادة بيعها إلى شخص ثالث ، وفي هذه القضية قام المتملك الشاري بإبرام عقد فيه شيء من الصدفة².

إلا أنّه لا بدّ من الإشارة إلى أن الأفعال التي قام بها البائع قبل إتمام عملية البيع، وهو الذي لم يمتنع فقط عن الكشف عنها للمالك (للمشتري) إنما عمد أيضاً إلى تجنبها وذلك بالنصّ على عدم الضمان ، تُعتبر أفعالاً صادرة عن الفعل الشخصي للبائع ، وهذه الأفعال هي أفعال رفع اليد الناتجة عن إبطال أو إلغاء بسبب الغشّ ، أو الإكراه أو إلحاق الضرر أو الأفعال التي يقوم بها البائع كإنشاء حقوق عينية أو رهنية تم الإتفاق عليها والتصريح عنها قبل التصريح عن إتمام البيع . وبالتالي يتوجب على البائع ضمانها وفي حال نصه على عدم الضمان فإن هذا الشرط المنصوص عنه يكون باطلاً³.

أما بالنسبة للفعل اللاحق على البيع، فإن البائع يستطيع أن يتخلص من إلتزامه بالضمان كذلك في بعض الحدود. ويكون ذلك إذا ما احتفظ لنفسه صراحةً بالحقّ في القيام بعمل معيّن محدّد، من شأنه - لو قام به - أنّ يُعدّ تعرضاً للمشتري في حيازته، أو يؤدي إلى إستحقاق للمبيع في بعض الحدود. مثال ذلك : في حال بيع مصنع يعتمد في إدارته على القوّة المحركة المتولدة من المياه، يستطيع البائع أن يحتفظ لنفسه بأن يقوم بأخذ مياه من فتحات في أعلى مجرى

¹ . 9 p: N° 61, Fasc.250 "vente" , op.cit , Juris classeur

مترجم منه للعربية

² . 235 P: N° 11291 , op.cit , Jacques Ghestin

مترجم منه للعربية

³ . 6 p: N° 37, Fasc.250 "vente" , op.cit , Juris classeur

مترجم منه للعربية

الماء، بحيث يؤدي ذلك إلى إضعاف القوة المحركة التي يعتمد عليها المصنع متى وافق المشتري على ذلك، وفي هذه الحالة لا شك أن المشتري سيُدخل مثل هذا العمل في الإعتبار عند تقدير الثمن.

إن هذا الشرط الذي يشترطه البائع ويوافق عليه المشتري، ليس هو الشرط العام بعدم الضمان والذي يحرمه القانون ولا يرتب عليه أي أثر في تحلل البائع من ضمان أفعاله الشخصية.

هكذا وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها : "أن شركة المناجم التي تبيع أراضي واقعة في دائرة استغلالها، يكون لها أن تشترط عدم الضمان بالنسبة للمشتري عن الأضرار التي يمكن أن تنشأ عن الأفعال التي تمت أو تتم مستقبلاً بسبب الاستغلال المنتظم للنجم. ولا يعتبر شرط عدم الضمان باطلاً إلا إذا كان يتجه إلى إعفاء الشركة من المسؤولية عن أخطائها"^١.

ولكن الفقه يستلزم لصحة إشتراط البائع للإعفاء من الضمان بسبب فعله الشخصي في هذه الحالة، أن يكون هذا الفعل محدداً تحديداً دقيقاً وأن يوافق المشتري على هذا الفعل ويرضى بأن يخلص البائع من ضمانه، على أن لا ينصرف الأمر إلى إعفاء البائع من أخطائه الجسيمة، طبقاً لما تقضي به القواعد العامة في حالة شروط الإعفاء من المسؤولية (المادة ١٣٧ و ١٣٨ م و ع).

وبذلك يكون الفقه والاجتهاد ساروا في منحى واحد فيما يتعلق بصحة شرط الإعفاء من الضمان عن الفعل الشخصي إذا كان هذا الفعل محدداً تحديداً دقيقاً أي وارداً على سبب محدد بالذات يعلمه المشتري ووضعه في حسابه وقت التعاقد، وألا يكون المقصود منه إعفاء البائع من مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم^٢.

إلا أن بند عدم الضمان قد يرد في اتفاقية حاصلة بين طرفين، فما هو حكم هذا البند في الإتفاقية ؟ بالنسبة لورود بند عدم الضمان في الإتفاقية، فإن المقصود به في مثل هذه الحالة هو تحديد مدى الضمانة، أي تحديد مدتها باتفاق الطرفين بمعنى أن الطرفين يحتاطان وينسجان أمنهما القانوني الخاص بهما، وهذا ليس من قبيل سوء النية أو الإحتيال، إذ أن المادة المتعلقة بشرط عدم الضمان المنصوص عنها وعدم إمكانية إعفاء البائع من ضمان فعله الشخصي يجب أن يفسر بحسب المعنى الذي قصده المشرع، وما أراده منها، وهو إضفاء النية الحسنة التي يجب أن ترأس جميع العقود. ومثال ذلك : أن يتفق البائع والمشتري على أن البائع يضمن عدم التعرض لفترة معينة، ففي

^١ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

^٢ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٣٠.

مثل هذه الحالة البائع لا يُعتبر متلبساً بالذنب إذا قام بفتح تجارة جديدة بعد مضي هذه الفترة أو أن يتفق على تحديد فترة موجب عدم الرد، لأن مصلحة المشتري هي في المحافظة على موجب عدم الرد في أقصى مهلة ممكنة.

من المناسب قراءة هذا النوع من البنود كونها تحمل معنى توسيعي للضمان يصب في مصلحة المشتري ويكون حامياً للبائع، دون أن ينظر إليها على أنها تنصب على عدم الضمان.

إن تقدير قوة ومدى ضمانه نزع اليد ليست جديدة : إذ نجدها عند الكتاب الكلاسيكيين الفرنسيين وهؤلاء هم من أحدث نقطة الإنطلاق بين "النصّ المُصاغ بالمعنى العام" بحيث تكون الضمانة باطلةً بمقتضى المادة ١٦٢٨ م.ف، وبين النصّ الذي يقول بأن الضمانة المحددة بشكلٍ دقيقٍ نافذة المفعول. وهذه هي الحال مع كل من Saignat , Lacantinrie , Baudry بحيث لا يصبح القانون الخاص بالبيع هو الواجب تطبيقه إنما المسؤولية المدنية في القانون العام هي الواجبة التطبيق. وهذا ما يشكّل نوعاً من الرجوع إلى الجذور، بحيث أنه من المعروف أن ضمانه نزع اليد هي الناتجة عن نقل الملكية والانتفاع الآمن الذي تفرضه، وترتكز بكل بساطة على القانون العام للعقد وأن جامعو القوانين لم يحافظوا عليها بشكلٍ خاصٍ إلا من باب التعلق الصاف بالقانون الروماني وبالقانون البيع القديم.

وقد قِيلَ Saignat , Lacantinrie , Baudry بسريان مفعول "الإحتياط الخاص" والذي هو ليس بنداً عاماً لعدم ضمان الأعمال الخاصة بالبائع المنصوص على منعها في المادة ١٦٢٨ م.ف، وهكذا، عندما يحتفظ البائع لنفسه ببعض الأعمال بشكل "لا يوجد فيه عامل مفاجأة لأحد" فالمشتري إذاً يكون لديه الحرية إما لمناقشة المدة التعاقدية بغية إطلانتها، وإما لفرض إسترجاع الثمن^١.

الفرع الثاني : الإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان

ينصّ القانون اللبناني في المادة ٤٣٠ من قانون م و ع على أنه : "يحقّ للمتعاقدین بمقتضى إتفاق خاصّ أن يزيدوا أو يُنقصوا مفعول هذا الموجب القانوني كما يحقّ لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما". إذاً، المشرع أجاز للمتعاقدین تعديل أحكام الضمان إما بزيادتها أو بإنقاصها وذلك بموجب إتفاق خاصّ بينهم ويقابل هذه المادة في القانون الفرنسي نصّ المادة ١٦٢٧ م.ف ونصها هو الآتي :

^١ Renvue trimmestriel de droit civil (R.T.D civ) , 2001 (3) jull – sep 2001 , paris "Pierre – yves GAUTIER" , "contrats speciaux , vente " P : 613 , 614

مترجم منه للعربية

Articls 1627 : " Les parties peuvent , par des conventions particulieres , ajouter a cette obligation de droit ou diminuer l'effet ; elles peuvent meme convenir que le vndeur ne sera soumis a aucune garantie".

وكما يبدو لنا أن نصّ المادة ٤٣٠ م و ع هو ترجمة لنصّ المادة ١٦٢٧ م.ف. أما القانون المصري فقد نصّ في المادة ٤٥٣ من القانون المدني على أنّه : "يجوز للمتعاقدین بإتفاق خاص أن يزيدا الضمان أو ينقصا منه أو أن يُسقطا هذا الضمان، على أنّ كلّ شرط يُسقط الضمان أو يُنقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه".

إلا أنّه، وبالرغم من أن القانون نصّ على إمكانية زيادة الضمان إلا أنّه يندر الإلتجاء إلى مثل هذا الإلتفاق في الحياة العملية لا بل يذهب البعض إلى أنه لا يوجد في العمل مثل هذه الإلتفاقات لأن الأحكام التي أوردها القانون تقدم للمشتري الحماية الكافية وتضمن له الحصول على التعويض الكافي^١.

إلا أن الإلتفاقات على زيادة الضمان أمرٌ جائز قانوناً بالرغم من أنه نادر الحصول عملياً. فليس من بائع يقبل عادةً أن يزيد من موجباته الملحوظة قانوناً بل على العكس قد يسعى لإنقاص هذه الموجبات^٢.

إذن، بما أن الإلتفاق على زيادة الضمان أمرٌ جائز لأن البائع يلتزم إذا لم يقع أي إلتفاق على تعديل قواعد الضمان، بضمان التعرّض الصادر منه في ملكيته للمبيع وفي إنتفاعه به الإنتفاع المألوف. فإذا أراد المشتري الإنتفاع بالمبيع إنتفاعاً خاصاً يقضي بالألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الإنتفاع الخاص، جاز له أن يتفق مع البائع على ذلك^٣. مثال ذلك : يصح الإلتفاق في بيع المتجر على إلتزام البائع بأن لا ينشئ إلى جانب المتجر المبيع متجراً آخر تُباع فيه السلعة الأصلية أو سلعة أخرى إذا أراد المشتري ذلك^٤. وكذلك إذا كان البائع الواجب عليه بطبيعة الأمر عدم إنشاء محل تجاري يُنافس فيه المحل الذي باعه يُمكنه زيادة الضمان وذلك بأن يتعهد ولمدة محددة بعدم فتح محل تجاري حتى ولو كان بعيداً عن المحلّ المباع . وهذه البنود الموسعة للضمان هي جائزة وتتطابق مع قانون المنافسة^٥

^١ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

^٢ مروان كركي، مرجع سابق، ص ١٤٦.

^٣ سمير عاليه، "العدل" مقالة بعنوان "موجب البائع بضمان التعرض والاستحقاق"، العدد الثاني ١٩٨٥، ص ٦٤.

^٤ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

^٥ Juris classeur , op.cit , "clauses etensives de la garantie" Fasc.250 , N° 8, p: 3 .

مترجم منه للعربية

أو الإتفاق على أن للمشتري الرجوع بالضمان بمجرد العلم بسبب الإستحقاق حتى ولو لم يقع التعرّض بالفعل^١ أو الإتفاق على زيادة قيمة التعويض الذي يستحقه المشتري بالاستناد إلى أحكام القانون^٢.

إذن، يقع شرط زيادة الضمان في حالة الإشتراط على البائع ضمان أعمال ليست داخلة في الأحكام العامة للضمان. إلا أنه يجب أن تكون البنود المتعلقة بزيادة الضمان واضحة ومحدّدة بحيث لا تبقى عامةً بدون معنى واضح لها^٣. إذ أنّ الإتفاق على زيادة الضمان لا يُنتج أثره إلا إذا ورد بعباراتٍ واضحةٍ محدّدةٍ معبّرة عن إرادة المتعاقدين في بيان الأمور الجديدة التي ضمنها البائع. ولا يكفي أن يرد الإتفاق في صورة عبارة عامة متداولة في المعاملات، كالنص على أنّ يضمن البائع جميع أنواع التعرّض أياً كانت، أو أنّ البائع ضامن لأي نزاع في الانتفاع بالمبيع، لأن مثل هذه العبارات العامة لا تُضيف في الواقع شيئاً إلى الضمان القانوني الذي يُلزم به البائع، بل يجب إذا قصد التشديد في هذا الضمان أنّ توضح على وجه الدقّة الأفعال التي يلتزم البائع بضمانها. وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها أنه : "يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذي يفهم منه صراحةً تشديد الضمان ومخالفة ما نصّ عليه القانون. أما إشتمال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة، فإنه لا يدل على أنّ البائع تعهد بضمان أشدّ مما فرضه القانون، ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه، لأنه في حالة الإشتباه يكون التفسير بما فيه فائدة للمتعهّد^٤. ولكن إذا كان يجوز زيادة الضمان على البائع، فإنّه يجوز زيادة الضمان على الوارث، فيجوز مثلاً للمشتري أن يشترط على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الفرق للمشتري أو أنّ يضمن له دخول مال معين بالذات في الحصة المبيعة. إلا أنّ هذا الإتفاق قد يكون ضمناً، كأن يُفصل المشتري مشتملات الحصة التي يشتريها، فيذكر أنها تشمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى، فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة، وإذا لم يدخل لأي سبب رجع المشتري على الوارث بالضمان^٥.

^١ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

^٢ علي مصبح ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٣.

^٣ مروان كركي، مرجع سابق، ص ١٤٧.

^٤ محمد حسين منصور، المرجع أعلاه، ص ٢٣٨.

^٥ مجلة صادر بين التشريع والاجتهاد، "البيع"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣، ص ٣٧٩.

هذا بالنسبة لإمكانية الإتفاق على زيادة الضمان، أما بالنسبة لإنقاص الضمان فنص المادة ٤٣٠ م و ع واضحاً لجهة إمكانية الإتفاق على إنقاص الضمان، وهو أكثر شيوعاً في العمل من حالات زيادة الضمان، والمقصود به إعفاء البائع من بعض الأسباب الموجبة للضمان أو إنقاص التعويضات المستحقة للمشتري. مثال ذلك : أن يشترط بائع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التي يتعامل فيها المتجر المبيع^١.

إذاً، الإتفاق على إنقاص الضمان أمر جائز قانوناً، شريطة ألا يكون الهدف من هذا الإتفاق إخفاء غشّ البائع، وأن يكون صريحاً، أما إذا كان ضمناً، فيجب أن يكون واضحاً لا مجال للشك أو الإلتباس حوله، وعلى كل حال يعود لقضاة الأساس أمر تقدير ذلك، لأن الإتفاق الضمني هو من الأمور التي تبنى على نية الطرفين وهو بذلك يُعتبر من الأمور الواقعية التي يضطلع بسبرها قضاة الأساس.

إلا أنّ الشروط التي تقيّد موجب الضمان أو تُفصه هي في الأساس شروط واضحة ، لكنها ذات حدود لا يمكن تجاوزها من جهة ، ويجب تفسيرها بشكل حصري من جهة أخرى.

أ- فمن جهة أولى تقف عند الفعل الشخصي للبائع ، فليس للطرفين أن يُقررا أنّ فعل البائع الشخصي قد يُسيء للمشتري من دون أن يلقي جزاءه . فشروط عدم المسؤولية لا يمكن الأخذ بها فيما يخص أمر الغشّ . أما الإتفاق على تقييد موجب الضمان أو إنقاصه فيمكن الأخذ به فيما يخص الفعل السابق للبيع أما فيما يخص الفعل اللاحق له فهو عديم الفعالية .

ب- من جهة أخرى تلقى الشروط المقيدة تفسيراً ضيقاً ، ويمكن القول بأنها شروط مقلّصة لذا فإن شرط عدم الضمان لا يكفي لإلغاء مسؤولية البائع كاملةً ، ولهذا الأمر اعتباران : ١- رغم وجود هذا الشرط وإذا لم يتم ذكر خلاف ذلك ، فإن على البائع الإذعان لفعله الشخصي السابق لعملية البيع أي أنه لا يمكن الإتفاق على إعفاء البائع أو إنقاص ضمانه فيما يتعلق بالأفعال السابقة لعملية البيع . ٢- في حال حدوث رفع اليد ، حتى ولو كان ذلك خارجاً عن فعله (فعل البائع) فإن مسؤوليته لا يمكن استبعادها^٢.

^١ رمضان. أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

^٢ louis Josserand, " cour de droit civil positif français II" librairie du recueil sirey , paris , 1933 , N° 117 , p : 586 .

الفصل الثاني: آثار التعرض الصادر من الغير

تحدثنا فيما سبق عن شروط التعرض الصادر من الغير ونطاقه وخصائصه، ولكن لما كان لهذا التعرض آثاره التي تنتج عنه كان لا بد لنا من أن نُخصص هذا الفصل لعرض آثاره.

إذا تعرض الغير للمشتري، وقام بمطالبته بما يدّعيه على المبيع فإن التعرض يثبت للمشتري، ويكون له تبعاً لذلك أن يلجأ إلى البائع لمطالبته بالضمان، فإما أن يُطالبه بالتنفيذ العيني (التنفيذ بطريق التدخل)، أو أن يُطالبه بضمان الإستحقاق أي (التنفيذ بطريق التعويض) ، وقد يؤدي تعرض الغير إما إلى إستحقاق الغير للمبيع كله وهذا ما يسمى بالإستحقاق الكلي (l'eviction totale)، أو قد يؤدي إلى إستحقاق جزء منه وهذا ما يسمى بالإستحقاق الجزئي (l'eviction partielle).

متى قام تعرض الغير وتوفرت الشروط المطلوبة لقيامه، فإن البائع وقد تحقق إلتزامه بضمان التعرض، يتوجب عليه أن يُنفذ هذا الإلتزام عيناً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً حق على المبيع يكف عن تعرضه وينزل عن إدعائه بهذا الحق، فإذا عجز عن ذلك، بأن فاز الغير بإثبات ما يدّعيه وقضي له بالحق المدعى به، وجب على البائع أن يُنفذ إلتزامه بالضمان عن طريق التعويض، فيعوض المشتري عما أصابه من ضرر بإستحقاق المبيع في يده طبقاً للقواعد التي قررها القانون وهذا هو ضمان الإستحقاق. إلا أنه لا بدّ من الإشارة إلى أن البائع لا يكون ملتزماً بالتزامين، التزم واحد وهو ضمان التعرض، وآخر بضمان الإستحقاق، بل هو ملتزم بإلتزام واحد وهو ضمان التعرض، فإما أن يُنفذه عيناً أو يُنفذه بطريق التعويض، فإذا أخفق البائع في تنفيذه عيناً بأن أستحق المبيع كله أو بعضه للغير، فإن البائع يلتزم في هذه الحالة بتعويض المشتري عن إخلاله بإلتزامه وهذا هو ضمان الإستحقاق أي (التنفيذ بطريق التعويض) الذي يرجع به المشتري على البائع إما بطلب فرعي أثناء الدعوى المرفوعة من الغير أو بدعوى أصلية بعد ثبوت الإستحقاق.

إن الأحكام المتعلقة بضمان تعرض الغير يمكن تعديلها إما بزيادة هذا الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه وفقاً لما جاء في قانون الموجبات والعقود.

وقد تولى قانون الموجبات والعقود شرح عناصر التعويض في حالتي الإستحقاق الكلي والجزئي في مواد ٤٣٣ حتى المادة ٤٣٩ م وع.

لذا، سوف نُخصص هذا الفصل لدراسة آثار تعرّض الغير لجهة التنفيذ العيني (مبحث أول)، ولجهة التنفيذ بطريق التعويض أي ضمان الإستحقاق في (مبحث ثانٍ) وعناصر هذا التعويض في القانون ولجهة إمكانية الإتفاق على تعديل أحكامه في (مبحث ثالث) وأخير.

المبحث الأول: التنفيذ العيني

يعدّ الالتزام بضمان التعرّض التزاماً بعمل، والأصل أنه يجب أن يُنفذ عيناً طالما كان هذا التنفيذ العيني ممكناً، فالموجبات يجب أن تُنفذ عيناً، ويتحقق هذا التنفيذ عن طريق تدخل البائع بجعل الغير الذي تعرّض للمشتري يكف عن تعرضه وينزل عن ادعائه^١. فهذا الإلتزام هو الإلتزام بتحقيق نتيجة مقتضاها التدخل إلى جانب المشتري أو الطول محله في الدعوى القائمة بينه وبين الغير، وإثبات عدم أحقية المعارض في دعواه، وإستصدار حكم برفض الدعوى^٢. وقد نصّ قانون الموجبات والعقود في المواد ٤٢٩ و ٤٤١ م و ع عن التزام البائع بدفع التعرّض عيناً. حيث نصت المادة ٤٢٩ م و ع على انه: "وان لم يشترط وقت البيع شيء مُختصّ بالضمان، فالبائع مُلزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كلّه أو لقسم منه، ومن الأعباء المدعى بها على المبيع والتي لم يصرح بها عند البيع". أما المادة ٤٤١ م و ع فقد وضعت أساس التزام البائع بدفع التعرّض عيناً بنصها على انه: "إذا دعي المشتري إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدّعي حقوقاً على المبيع، وجب عليه أن يدعو بائعه إلى المحكمة فان لم يفعل وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة، فقد حقّه في الضمان، إلاّ إذا اثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها". بمعنى إذا رفع شخص ثالث على المشتري دعوى أستحقاق إدعى فيها انه يملك المبيع كله أو بعضه، أو ادعى حقا عينياً على المبيع كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق تأمين وجب على المشتري أن يدعو بائعه إلى المحكمة حتى يُبدي ما لديه من الأدلة التي من شأنها ردّ دعواه. اما المشرع المصري فقد تناول هذا الإلتزام بطريقة أكثر تفصيلاً، حيث نصت المادة ٤٤٠ مدني مصري بأنه:

^١ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

^٢ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ٢١٧ و ٢١٨.

- ١- إذا رفعت على المشتري دعوى بإستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحلّ فيها محلّه.
- ٢- فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه.
- ٣- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي به، فقد حقّه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق. وبذلك يكون المشرع المصري قد فصل بشكلٍ دقيق الحالات التي يحقّ فيها للمشتري الرجوع بالضمان. ولا بدّ من الإشارة، إلى أن نصّ المادّة ٤٤١ م و ع مقتبسة من النصّ الفرنسي للمادّة ١٦٤٠ م.ف^١.
- ويستفاد من مُجمل النصوص المتقدّمة أنه إذا حصل تعرّض للمشتري من الغير كان التنفيذ العيني هو الأصل، بحيث أنه عندما ترفع دعوى من الغير على المشتري عندئذ يتحقق التزام البائع بضمان تعرّض الغير، ويبدأ في تنفيذ التزامه عيناً، فيتدخل في الدعوى المرفوعة أو يحل محل المشتري فيها ويدفع إزاء الغير بكافّة الوسائل القانونية، وبإبراز كلّ الأدلة المتوافرة لديه ، حتى يثبت عدم أحقيّة الغير وينتهي الحكم برفض الدعوى فعلاً، وعلى ذلك يكون قد نفذ التزامه فعلاً^٢.
- ولكن بالرغم من وضوح نصّ المادّة ٤٤١ م و ع، لجهة وجوب دعوى البائع إلى المحكمة ، فالسؤال الذي يطرح هو: هل يكفي أن يعلم المشتري البائع بدعوى الإستحقاق ليتدخل بها بذاته أو أنّه يجب طلب إدخاله في الدعوى المقامة عليه من الغير؟
- يرى البعض أن إعلام البائع وحده كافٍ، وليس من واجب المشتري أن يُدخله في الدعوى وان كان لا يوجد ما يمنع المشتري من إدخال بائعه في الدعوى كضامن ولا يكتفي بإعلامه، إن هذا السبيل أوفق لمصلحته مخافة أن يزعم البائع أنه قد أخفى عليه شيئاً من الواقع أو يرتكب خطأً في إبلاغ البائع^٣.

^١ Article 1640: "la garantie pour cause d'eviction cesse lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier resort, ou don't l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existent des moyens suffisants pour faire rejeter la demande".

^٢ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

^٣ زهدي يكن، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

ولكن كيف يتم إبلاغ البائع بدعوى الإستحقاق؟

قبل الإجابة على هذا السؤال لا بدّ من تحديد المقصود بدعوى الإستحقاق، المقصود بها ليس مفهومها الفني الدقيق باعتبارها الدعوى التي تحمي حقّ الملكية. وإنما يُقصد بها المعنى الفني لهذه الدعوى أي التي يدّعي فيها الغير حقاً على المبيع كلّهُ أو بعضه، علاوةً على أنها تشمل كل دعوى يدّعي فيها الغير حقاً على المبيع، سواءً أكان الحق حقاً عينياً، كحقّ الرهن أو حقّ الإنتفاع، أو إرتفاق، أم حقاً شخصياً كحقّ الإيجار أو ينكر فيها حقاً للمبيع كحقّ إرتفاق^١. أما بالنسبة لإبلاغ البائع بالدعوى فإنه يُفترض على المشتري بموجب نصّ المادة ٤٤١ م و ع أن يُسارع إلى إبلاغ البائع عندما تُرفع عليه الدعوى من المتعرّض ليتولى البائع الدفاع عنه وليدفع هذا التعرّض. وقد ذهب بعض^٢ الفقه في فرنسا إلى أنّ التزام المشتري بدعوى البائع بحال التعرّض له من قبل الغير قد يتحقق بدون دعوى، إذا هدّد الغير المشتري بإقامة هذه الدعوى، ورأى المشتري أنّ حق الغير واضح فيما يُهدّد به، فسلم بهذا الحق، ولكنه يتوجب عليه قبل التسليم بحق الغير أنّ يدعو البائع إلى مواجهة الغير المتعرّض.

إلا أنّ هذا الإبلاغ يجب أن يكون في وقت ملائم يسمح للبائع بإتخاذ ما يلزم من الوسائل لدفع هذا التعرّض. أما بالنسبة لشكل الإخطار فهو محلّ جدل. فالبعض يرى أنّه لا يُشترط شكل في هذا الإخطار، فقد يكون على يد محضر، أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو حتى مشافهة ولكن على المشتري عبء إثبات حصوله في هذه الحالة، والواجب على المشتري هو إبلاغ البائع فقط وبالتالي لا يجب عليه إدخاله في الدعوى أما البعض الآخر، يُفضّل إعلام البائع بكتاب مضمون بسند إيصال حتى لا ينكر البائع إستلامه، ويمكن أنّ يقع التبليغ بواسطة الكاتب العدل أو بوسيلة خطية أخرى، ويعتبر أنّ مجرد التبليغ الشفوي هو غير مفضل لتعدّد إثبات حصوله.

أرى من الأفضل إعتناء الطريقة الرسمية في التبليغ، بحيث يتم التبليغ بواسطة الكاتب العدل أو بكاتب مضمون بسند إيصال لأنها الطريقة الأضمن لإثبات حصول التبليغ وحتى لا يكون أمام البائع أية وسيلة لإنكار حصول التبليغ. لا بدّ من الإشارة، إلى أن التنفيذ العيني أي (طريق الضمان الفرعي) الذي يلجأ إليه المشتري عندما يدّعي الغير حق على المبيع ويكون ذلك برفع الغير دعوى على المشتري هذا النوع من الضمان أطلق عليه البعض إسم الضمان العيني

^١ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

^٢ Marcel Planiol et Georges Ripert et Hamel, op.cit, t.10 N° 105. p: 114

مترجم منه للعربية

نظراً لتعلقه غالباً بالأعيان، باعتبار أن المشتري يرجع إلى البائع ليحلّ هذا الأخير محلّه بالنسبة للمبيع بدون أن يكون ملتزماً شخصياً بموجب تجاه الخصم^١.

إذاً المشتري ملزم بإبلاغ البائع بدعوى الإستحقاق ودعوته إلى المحاكمة إلا أنه غير ملزم بإدخاله في الدعوى. إنّ هذا الإبلاغ أو الإخطار واجب إذا كان الغير هو الذي رفع الدعوى، أما إذا حصل التعرّض من الغير دون رفع الدعوى فأقام المشتري دعواه مباشرةً على البائع بالضمان فعلاً يكون هناك محل للإخطار^٢، كما لا يلزم الإخطار إذا اختار المشتري سبيل المطالبة بفسخ العقد^٣.

أما بالنسبة لإدخال البائع في المحاكمة فإنه يكون وفقاً للشروط المنصوص عنها في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني^٤، ويتم ذلك بهدف الحكم على البائع بطلبات مُتلازمة مع طلبات أحد الخصوم أو لأجل الضمان^٥. ويكون إدخاله في حالتين:

- ١- إذا قام الغير، الذي يدّعي حقاً على المبيع، برفع دعوى على المشتري يُطالب فيها بالحقّ المدعى به، وجب على المشتري، وفقاً لما يقضي به القانون في هذا الصدد "أن يدعو بائعه إلى المحاكمة"، ويتم ذلك وفقاً لقانون (أ.م.م.) فيطلب المشتري التأجيل لأجل إدخال ضامن، وإذا ما لبّى البائع رغبة المشتري فإنه يدخل في الدعوى.
- ٢- إذا قام المشتري نفسه برفع دعوى مبتدأة على الغير يُطالب فيها بتسليم المبيع الذي بين يديه، فإذا ادّعى هذا الغير بحقّ ما على المبيع إكتسبه قبل البيع من البائع، كان للمشتري كذلك أن يدعو بائعه إلى المحكمة للتدخل في الدعوى^٦.

هنا، إذا ما أدخل البائع في الدعوى توجب عليه أن يدفع التعرّض عن المشتري ويكون لهذا الأخير إما أن يبقى في الدعوى وإما أن يطلب إخراجه منها.

^١ خليل جريج، "محاضرات في نظرية الدعوى"، طبعة ١٩٧٠، ص ٢٠٢.

^٢ تمييز مصري، طعن رقم ٢١١ تاريخ ٢٧/٠٤/١٩٧٨، نقلاً عن المستشار انور طلبية، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

^٣ تمييز مصري، طعن رقم ٢١٧ تاريخ ٢٢/٠٢/١٩٦٨، نقلاً عن المستشار انور طلبية، المرجع أعلاه، ص ٢٢٢.

^٤ تراجع نصوص المواد ٣٥ حتى ٤٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

^٥ مروان كركي، مرجع سابق، ص ١٤٠.

^٦ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

وإن كان من مصلحته أن يبقى فيها خشية أن يتواطأ البائع مع الغير على الإضرار بحقوقه، ولهذا من الأفضل بقاؤه في الدعوى حتى يُحافظ على حقوقه^١.

ينبغي الإشارة إلى أنه في حال تعدد الباعين، فإن كلاً منهم يلتزم بدفع تعريض الغير كاملاً، نظراً لأن الإلتزام بالضمان غير قابل للإقسام، وتبعاً لذلك يكون للمشتري أن يطلب إدخال أي منهم في الدعوى. وفي صدد تنفيذ التزام البائع عيناً عن طريق التدخل في الدعوى المرفوعة على المشتري فإنه يوجد الفروض الآتية:

● تدخل البائع في الدعوى:

إذا أخطر المشتري البائع في الدعوى المرفوعة عليه من الغير، وجب على البائع أن يتدخل فيها إلى جانب المشتري أو يحل محله فيها، فإذا تدخل البائع في الدعوى كان للمشتري أن يطلب إخراجها منها فيحل البائع محله فيها حتى لا يتوجه إليه الخصومة وحتى يتفادى الحكم عليه بالمصاريف^٢ في حال نجاح المتعرض في دعواه، وإن كان الغالب أن يستمر المشتري في الدعوى إلى جانب البائع حتى يُراقب دفاعه فيها ويحول بينه وبين التواطؤ مع المتعرض إضراراً به. ولأن إدخال البائع في القضية للدفاع عن الشاري ضدّ مطالبات الغير فيه كل المصلحة للشاري (المتملك): ليس لأن الدفاع عنه يتكفل على البائع، لكن حتى لو أن الغير ربح القضية، فيستفيد المتملك بشكل آلي من الحكم لدعم قضيته بملاحقة البائع قانونياً ويحصل على التعويض بحسب القيمة الحالية للشيء المملوك.

ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يبادر المشتري نفسه إلى إدخال البائع في الدعوى المرفوعة عليه بإعتباره ضامناً طبقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني. على أن طلب الإدخال من أجل الضمان أمام المحكمة الناظرة في الدعوى الأصلية لا يُقبل في ثلاث حالات:

- إذا كان النظر في دعوى الضمان يخرج عن الإختصاص الوظيفي أو النوعي للمحكمة الناظرة بالدعوى الأصلية.
- إذا وجد بين الضامن والمضمون إتفاق يجعل حق النظر في قضية الضمانة من إختصاص محكمة أخرى أو هيئة تحكيمية.

- إذا كانت هناك دعوى مختصة بالضمانة ذاتها لا تزال قيد النظر أمام محكمة أخرى (المادة ٤٦ أ.م.م.)^٣.

^١ توفيق فرج ، مرجع سابق، ص ٣٦٧ و ٣٦٨.

^٢ Alain Benabent, op.cit, n" 218, p:135

مترجم منه للعربية

^٣ حلمي محمد الحجار، "الوسيط في أصول المحاكمات المدنية"، ج ٢، الطبعة الخامسة، بيروت ٢٠٠٢، ص ٣١.

إذ إنَّ مهمّة البائع الأساسية هي دفع تعرّض الغير، فإذا تمكن من ذلك ورفضت دعوى المعتزّض يكون قد نفّذ التزامه بالضمان عيناً وانتهى الأمر. أما إذا حُكم للغير بالإستحقاق ولم يُفلح البائع في دفع إدعاء الغير، كان البائع مخالاً بالتزامه لأنّه لم يُحقّق النتيجة فيكون ضامناً للإستحقاق أي مُلتزماً بالتعويض^١. فإذا كان المشتري قد بقي في الدعوى وطلب الحكم على البائع بالتعويض عند الإستحقاق حكمت له المحكمة بذلك أما إذا كان قد خرج بعد دخول البائع أو بقي ولكنه لم يُقدم طلب فرعي بالتعويض في حال الإستحقاق فله أن يرجع بعد ذلك بدعوى ضمان الإستحقاق الاصلية.

● عدم تدخل البائع في الدعوى:

قد يرجع عدم تدخل البائع في الدعوى المرفوعة على المشتري إلى أنّه لم يشأ أن يتدخّل فيها بالرغم من إخطار المشتري إياه، أو إلى عدم إخطار المشتري إياه بالدعوى المرفوعة عليه. ففي الحالة الأولى، إذا لم يتدخل البائع بالرغم من إخطاره، ومضى المشتري في الدعوى بمفرده وانتهى الأمر بالحكم بالإستحقاق للمدعي، وجب الضمان على البائع، إلا إذا أثبت أنّ الحكم الصادر كان نتيجة تدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه^٢.

أما إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى المرفوعة عليه، ولم يتدخل البائع نتيجة عدم إخطاره، فإن المشتري يفقد حقّه في الضمان في مثل هذه الحالة. وهذا ما نصت عليه المادّة ٤٤١ م و ع فقد نصت: "إذا دُعي المشتري إلى المحاكمة بناءً على طلب شخصٍ ثالثٍ يدّعي حقوقاً على المبيع، وجب عليه أن يدعو بئعه إلى المحاكمة فإذا لم يفعل وصدر عليه حُكم إكتسب قوة القضية المُحكّمة فقد حقّه في الضمان، إلا إذا اثبت أنّ البائع وإنّ تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته إستصدار حكم بردها".

إذ، كما يبدو من خلال نصّ المادّة ٤٤١ م و ع، إن عبء الإثبات يقع على عاتق المشتري وليس على عاتق البائع. وهذا ما أيّدته وطبقته محكمة التمييز اللبنانية في عدّة قرارات لها حيث اعتبرت في قرار لها: "أن المادّة ٤٤١

^١ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ١٦٥.

^٢ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

م و ع وضعت عبء الإثبات على عاتق المشتري خلافاً لما ورد في المادة ١٦٤٠ من القانون المدني الفرنسي التي اعتبرت البائع مسؤولاً إلى أن يثبت هو أنه كان بإمكانه ردّ الدعوى لو أنّ المشتري أدخله فيها.^١ كما لو أثبت البائع أنه يتمتع بوسائل دفاع كان من الممكن ألا تسمح بالقيام بنزع اليد بشكل تكون معه مطالبات الغير مرفوضة، وهكذا يكون غير مُلزم بالضمان إذا ما أثبت فعلاً أن التملك الذي يسمح للغير بالمطالبة بالحق كان مشوباً بالعيوب ولم يكن من الممكن له أن يحصل على التقادم المكسب^٢.

إذاً، القانون اللبناني قد ذهب عكس ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري بجعله عبء الإثبات يقع على المشتري وليس على البائع، بينما القانونين الآخرين وضعا عبء الإثبات على البائع، وقد طبقت المحاكم هذا الحكم في أكثر من قرارٍ صادرٍ عنها في هذا المجال.

إلا أنني أرى، أن الخلاف الواقع بين القانون اللبناني من جهة والقانونين الفرنسي والمصري من جهة أخرى، قد يكون خلاف منطقي، تبعاً لما قد يستند إليه المشرع من تبرير للنص القانوني الذي يضعه، فالمشرع اللبناني عندما وضع عبء الإثبات على المشتري وضعه على إعتبار أنه أوجب عليه دعوة البائع إلى المحاكمة، وبالتالي إذا لم يظهر المشتري بهذه الدعوى، يكون قد أخلّ بالواجب المفروض عليه قانوناً. فإذا أخذنا بوجهة النظر هذه يكون الجزاء المفروض على المشتري في حالة عدم إخطاره البائع هو عبء الإثبات بأن البائع حتى ولو تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته إستصدار حكم بردها، وبالتالي هذا الجزاء الذي رتبته المشرع على المشتري هو نتيجة إخلاله بالواجب المفروض عليه قانوناً.

أما بالنسبة للقانونين الفرنسي والمصري، فقد وضعا عبء الإثبات على البائع، على اعتبار أن البائع هو المُلزم قانوناً بضمان المبيع، وبالتالي هو الذي يقع عليه عبء الإثبات. وباعتقادي أن وجهة نظر كل من المشرع الفرنسي والمصري هي الأصح على اعتبار أن المشتري هو صاحب الحق بالضمان ويتوجب على البائع أن يضمن له الإنتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، كما أن المشتري هو الطرف الضعيف لهذه الجهة لأنه إشتري المبيع رغبةً في الإنتفاع به، وبمجرد أن يتعرّض له الغير فقد حقه، ومن ثم يكون له الحق في مطالبة البائع بالضمان.

^١ تمييز لبناني، الغرفة ٢ قرار رقم ٢٧ تاريخ ٢١/٠٣/١٩٥٥، مجموعة حاتم، جزء ٢٣، رقم ٢ ص ٢٥، وراجع أيضاً، قرار محكمة التمييز، قرار رقم ٨٨ تاريخ ١١/٠٢/١٩٥٦، المصنف في الموجبات للقاضي عفيف شمس الدين، ص ٢٨٩.

^٢ Alain Benabent, op.cit ,N" 219, p:136

مترجم منه للعربية

ولكن ماذا لو أنّ المشتري دعا البائع إلى المحاكمة، ولكنه لم يطلب إدخاله فيها، ولم يطلب البائع التدخل في الدعوى، ولا يطلب إدخاله أي من الخصوم، ولم تطلب المحكمة أيضاً إدخاله، ولم يحضر البائع بناءً على دعوة المشتري، فيبقى خارجاً عن الخصومة، فكيف تجري المحاكمة بدونه عندئذٍ؟
هذه الحالة تؤدي إلى أمور ثلاثة:

الأمر الأول: يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعريض، فينجح في دفعها ويقضى له برفض طلبات المتعريض، عندئذٍ ينتهي التعريض، وينتهي معه إلزام البائع بالضمان. أما بالنسبة للنفقات والأضرار التي يتكبدها المشتري في دفع الدعوى فإما أن تكون المحكمة قد قضت بأن يتحملها المتعريض نفسه، وإلا يحق للمشتري أن يرجع على البائع فيها بعد أن يكون قد دفعها.

الأمر الثاني: يُقرّ المشتري بالحقّ الذي يدّعيه المتعريض أو يتصالح معه عليه وقد نصت المادة ٤٤٠ م و ع على أنه: "إذا تملص المشتري من الإستحقاق بدفعه مبلغاً من المال، فللبائع أن يتملص من نتائج الضمان بردّ ذلك المبلغ إلى المشتري مع الفوائد وجميع النفقات." يُقابل هذا النص المادة ٤٤٢ من القانون المدني المصري^١.

إن نصّ المادة ٤٤٠ م و ع، يفترض حصول مُصالحة بين المشتري ومدعي الإستحقاق، وقد جاء هذا النص بصيغة عامة، ولا بدّ لتطبيقه أن يكون حقّ من إدعى الإستحقاق ثابتاً لا يقبل الجدل أي المنازعة الجدية، بحيث يكون محقاً في إجراء المصالحة التي يكون موضوعها إستحقاق الشيء المبيع، وإلا كان من حق البائع أن يرفض دفع المبلغ الذي يكون المشتري قد دفعه، خاصةً إذا أثبت تسرّع المشتري، وأنه كان بإستطاعته أن يُجابه طلب الغير إستحقاق المبيع، (٢) أما بالنسبة لشروط تطبيق المادة ٤٤٠ م و ع فهي :

- ١- أن يقع إتفاق بين المشتري والمستحقّ على التخلّص من طلب إستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً.
- ٢- أن يدفع المشتري للمستحق مبلغ من المال في مقابل تنازل الأخير عن دعواه وترك المبيع في يد المشتري سليماً من أي إستحقاق.

^١ مادة ٤٤٢ مدني مصري: "إذا توفى المشتري إستحقاق المبيع كلّهُ أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، كان للبائع ان يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه من الفوائد القانونية".

٣- على البائع أن يدفع المبلغ الذي دفعه المشتري للمستحق مع فوائده القانونية من تاريخ الدفع مع النفقات أو ما أذاه لقاء تنازل المستحق عن دعواه.

إذا، لا بدّ من توفر هذه الشروط لتطبيق المادة ٤٤٠ م و ع، ويظهر لنا من خلال نصّ المادة ٤٤٠ م و ع إمكانية رجوع المشتري على البائع بالتعويضات التي دفعها للغير بموجب ضمان الإستحقاق، إذا كان قد دعا البائع إلى المحاكمة في وقت ملائم معبراً عن حسن نيته، ولم يتدخل البائع في المحاكمة، ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات، إذا أثبت أن المتعرّض لم يكن على حقّ في دعواه، وأن المشتري تسرع بإقراره أو مصالحته، فإذا أثبت ذلك لا يقتصر حقّه على دفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات، بل يستطيع هو أن يرجع عليه بالتعويض إذا إقتضى الأمر.

كما أنّ على البائع أن يقدم أدلّة حاسمة لإثبات أنّ المشتري لم يكن على حقّ في دعواه، فلا يكفي إثبات أنّ المشتري لم يُحسن الدفاع أو أنّه أغفل الدفع ببطالان الدعوى، أو لم يُظهر المبيع من الرهن أو أنّه كانت هناك دفع لم يُقدمها المشتري وكانت تكفي لرفض الدعوى، حتى ولو كانت هذه الدفع خاصة بالمشتري كإستكمال مدة مرور الزمن. وقد قُضي بأنه إذا ملك المشتري المبيع بمرور الزمن، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الإستحقاق وبأنّ لا محل للضمان إذا قصر المشتري في التمسك بتملك المبيع بمرور الزمن القصير¹. وقد نصت المادة ٤٤١ مدني مصري على أنه: "يثبت حق المشتري في الضمان ولو إعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقّه أو تصالح معه على هذا الحقّ دون أن ينتظر صدور حكم قضائي، متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحلّ محلّه فلم يفعل، كل ذلك ما لم يثبت البائع أنّ الأجنبي لم يكن على حقّ في دعواه". وبذلك يكون القانون المصري أعطى للمشتري الحقّ في الضمان إذا كان قد أقرّ بحقّ الأجنبي أو تصالح معه بأدائه مبلغاً من المال أو شيء آخر دون أنّ ينتظر صدور الحكم القضائي، فإذا أراد البائع التخلص من نتائج الضمان يتوجب عليه أداء المبلغ الذي دفعه المشتري مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات إلا إذا أثبت أن الاجنبي لم يكن على حق في دعواه. إلا أنّ هذه الرخصة التي خولها القانون للبائع إنما تقتصر على حالة ما إذا توفّى المشتري الإستحقاق بإتفاقه مع المتعرّض قبل صدور الحكم بالإستحقاق. أما إذا حصل الإتفاق بعد صدور الحكم باستحقاق العين المبيعة للأجنبي وتمّ الإتفاق فيما بينهما على أن يترك العين للمشتري مقابل مبلغ معين، فللمشتري أن يرجع على البائع بضمان الإستحقاق وليس للبائع

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٩٢.

في مثل هذه الحالة أن يتخلّص منه بردّ المبلغ الذي دفعه المشتري، لأنّ الإستحقاق تحقّق في هذه الحالة، وإذا كان المشتري قد احتفظ بالمبيع فإنّ ذلك يرجع إلى سبب آخر غير البيع. وكما يبدو فإنّ المشرع المصري أبرز كيفية تخلّص البائع من أداء المبلغ الذي دفعه المشتري إذا أثبت أن الأجنبي لم يكن على حقّ في دعواه وأوقع عبء الإثبات على البائع. أما المشرع اللبناني اكتفى بالنصّ على إمكانية البائع بالتخلّص من نتائج الضمان بأداء المبلغ المدفوع مع الفوائد. ولكن لا بأس من أن يؤخذ بنفس الحكم في القانون اللبناني طالما أنه لا يتعارض مع ما جاء من نصوص في قانون (م وع) على إعتبار أنه بإمكان البائع أن يتخلّص من نتائج الضمان بإثباته أن الغير لم يكن على حق في دعواه، وهذا ما يدخل في صلب تنفيذه لموجب الضمان عيناً بدفعه لتعرض الغير وإثباته أنه لم يكن على حق فيما يدّعي.

الأمر الثالث: إذا لم يسلم المشتري للمتعرض بما يدّعيه ولم يتصلح معه، ولكنّه لم ينجح في دعواه وحُكم للمتعرض، بموجب حكم نهائي، ففي هذه الحالة يكون المشتري قد بدّل كل ما في وسعه وقام بما يجب عليه، فدعا البائع للمحاكمة، ولم يقر بحق الغير بل دفع دعواه بكلّ ما يملك من وسائل ومع ذلك لم يصدر الحكم لصالحه، فعندئذ يكون له أن يرجع على البائع بالتعويضات، بموجب ضمان الإستحقاق ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه إلا إذا أثبت أن الحكم كان نتيجة لخداع المشتري أو خطأ جسيم منه¹.

المبحث الثاني: ضمان الإستحقاق

يُقصد بضمان الإستحقاق إلزام البائع بتعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب إستحقاق المبيع. وقد يثبت إستحقاق المبيع بحكم القضاء سواء تدخّل البائع في الدّعى لدفع التعرّض وإنهائه أو لم يتدخّل، كما يثبت على إثر إقرار المشتري بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع، ومثل ذلك: أن يرث المشتري المبيع من المالك الحقيقي فإذا أثبت أن المبيع كان ملكاً لمورثه وقت البيع أو أن مورثه قد تلقاه من البائع بعد البيع فنكون بصدد إستحقاق ولا يغيّر من هذا أن يبقى المبيع بيد المشتري لسببٍ آخر غير عقد البيع كالميراث. ولكن إذا كان القانون يثبت إستحقاق المبيع على أثر إقرار المشتري للغير بحقه أو تصالحه معه على هذا الحق كما أشرنا، إلا أنّه من المقرر في الفقه الإسلامي أنّه إذا أقر المشتري نفسه لمدّعي الإستحقاق ففُضي له بناءً على هذا

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٩٢ و ٤٩٣.

الإقرار فإنّ المشتري يفقد حقّه في الرجوع على بائعه، لأنّ الإقرار حجّة قاصرة على المقرّ، فلا يؤخذ البائع بإقرار المشتري للأجنبي المدّعي، وإلا كان ذلك وسيلةً لتأمر المدّعي مع المشتري وتواطئهما على البائع بالباطل.

لا مانع من أن يؤخذ بهذا المبدأ في الفقه القانوني والتشريع على اعتبار أنّهما يقرران أن المشتري إذا قام بواجبه وأنذر البائع بدعوى الإستحقاق المقامة عليه ودعاه لأن يحلّ محله فيها ولم يفعل، فإعترف المشتري عندئذٍ للمدّعي بحقه أو تصالح معه دون أن ينتظر صدور حكمٍ قضائيٍّ له، فإن هذا الإقرار أو الصلح إذا صدر منه عن حسن نية لا يمنعه من مطالبة البائع بضمان الإستحقاق ما لم يثبت البائع أن الأجنبي المدّعي لم يكن على حق في دعواه والمقصود بـ "حسن النية" أن يكون هذا الإقرار أو الصلح صادراً عن قناعة بحقّ المدّعي لأن حجته فيه ظاهرة. فيكون المشتري عندئذٍ معذوراً وقد تخلّى عنه البائع في ميدان الخصومة- أن لا يُكابّر في الجحود بما قنع أنّه حق^١.

الأصل كما بيّنا، أنّ على البائع أن يُنفذ إلتزامه عيناً، فإذا عجز عن ذلك وحُكم للغير بإستحقاق المبيع كلياً أو جزئياً، وجب عليه أن يُنفذ إلتزامه بطريق التعويض، وذلك بأن يدفع للمشتري تعويضاً عمّا أصابه من ضررٍ جزاء حرمانه من المبيع وهذا ما يُسمّى "ضمان الإستحقاق". ويكون للمشتري عندما يُستحقّ المبيع في يده أن يرجع على البائع بدعوى الضمان وهي غير دعوى الإستحقاق التي يقيمها الأجنبي الذي يدّعي إستحقاق المبيع على المشتري لإثبات حقّه^٢.

وعلى ذلك، إذا تدخل البائع في المحاكمة بعد إنذاره وفقاً للمادّة ٤٤١ م و ع، ولم يتمكّن من ردّ ادّعاء الغير أو عجز عن ذلك، يتوجب عليه أن يعوّض المشتري عمّا أصابه من ضررٍ بسبب إستحقاق الغير للمبيع وفقاً لأحكام المواد ٤٣٣ حتى المادّة ٤٤٠ م و ع. وما ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة العامّة التي تقوم بأنه: "إذا إستحال على المدين تنفيذ إلتزامه عيناً يُصار إلى التعويض". وتطبيقاً لذلك فُضي في لبنان: "إن موجب ضمان البائع يتفرّع إلى إلتزامين متعاقبين:

الأول: أن يُدافع البائع عن الشّاري في الدّعى التي يقيمها هذا الأخير على المعتدي أو التي تُقام على الشّاري من المعتدي، والثاني أن يُطالب المشتري بالآثمن والعطل والضرر إذا فشل البائع في دفاعه عن الشّاري^٣. فالبائع ليس

^١ مصطفى احمد الزرقاء، شرح القانون المدني "العقود المسماة" "عقد البيع والمقايضة". ط٦، مطابع دار الفنى العربي دمشق ١٩٦٥ ص ١٧٦.

^٢ سعدون العامري، مرجع سابق، ص ١٣٥.

^٣ القاضي المنفرد المدني، قرار رقم ٢١٠ تاريخ ١١٢٧/١٠/١٩٥٥، خلاصة النشرة القضائية لعام ١٩٧٤/١١٩٤٥، منشورات زين، بيروت- ص ٥٨٥.

مُلْتزم بموجبين: موجب ضمان التعرّض وآخر ضمان الإستحقاق بل هو مُوجب واحد هو ضمان التعرّض، فإما أن يُنفذ عيناً أو يُنفذه بطريق التعويض. والتّعويض في ضمان الإستحقاق ما هو إلا تنفيذ بدلي لعقد البيع بعد تعدّر تنفيذه عيناً، مما يعني أن عقد البيع يظل صحيحاً طالما أن التّعويض يشكّل تنفيذاً بدلياً به، وذلك بخلاف دعوى البطلان أو الفسخ حيث يزول العقد وما التّعويض المترتب عنهما إلا تعويض عن زوال العقد. أما الرجوع بضمن الإستحقاق المبيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع¹. تبعاً لذلك، يختلفُ التّعويض الواجب في دعوى الإستحقاق عن التّعويض الواجب في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ففي هاتين الدعويتين يكون العقد قد زال ويحكم بالتعويض على أساس العمل غير المشروع، أما التعويض في ضمان الإستحقاق فيستند إلى العقد ذاته، لأن الضمان لا يقوم إلا بقيام عقد البيع.

ولكن ما هي الحالات التي تخول المشتري الرجوع على البائع بالضمان؟

يحقّ للمشتري الرجوع بالضمان في الحالات التالية:

- ١- إذا أخطر البائع بدعوى الإستحقاق، فتدخّل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع التعرّض.
- ٢- إذا أخطر البائع بالدعوى ولم يتدخّل البائع فيها وحُكم للمتعرض ولم يستطع البائع إثبات تدليس أو خطأ المشتري.
- ٣- إذا أخطر البائع بالدعوى، فلم يتدخل وأقر المشتري بحقّ المتعرض أو تصالح معه ولم يستطع البائع أن يثبت أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.
- ٤- إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى وحُكم للمتعرض ولم يُثبت البائع أن تدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها.
- ٥- إذا سلّم المشتري للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.

عالج المشرّع اللبناني عناصر هذا التّعويض في المواد ٤٣٣ حتى المادة ٤٣٩ م و ع، وهذا ما فعله المشرّع الفرنسي في المواد ١٦٣٠ حتى المادة ١٦٣٨ م.ف.

¹ اجتهاد مصري، قرار رقم ٥٠٤ تاريخ ١٥/٥/١٩٨٥، نقلاً عن محمد السيد خلف، مرجع سابق، ص ٤١٨.

إن التعرض الحاصل من الغير قد يؤدي إلى إستحقاق المبيع بشكل كلي أو بشكل جزئي، ولدراسة مضمون هذا الإستحقاق كان لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى فرعين الأول يعالج الإستحقاق الكلي (فرع أول)، والآخر يعالج الإستحقاق الجزئي (فرع ثان).

الفرع الأول: الإستحقاق الكلي

ويُقصد به أن ينجح الغير في إثبات أنه مالك للمبيع وينتزعه كاملاً من يد المشتري أي ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكاً للبائع بثبوت ملكيته كله للغير الذي ينتزع المبيع من تحت يد المشتري فيؤدي ذلك إلى حرمان هذا الأخير من جميع الحقوق المقررة له على المبيع^١.

كما قد يحصل هذا الإستحقاق في الحالة التي ينفذ فيها دائنو البائع على المبيع ويحصلون على كل الثمن وفاءً لديونهم^٢. أو أن يبيع البائع المبيع لمشتري ثانٍ إكتسب ملكية المبيع بتسجيل عقده إذا كان المبيع عقاراً ويكون للمشتري في حالة الإستحقاق الكلي الخيار في أن يسلك أحد المسالك يختار منها ما يراه أصلح له:

- إما أن يطلب فسخ البيع لعدم تنفيذ البائع إلتزامه بتسليم المبيع كاملاً سليماً من حقوق الغير وفقاً للأحكام الخاصة بفسخ العقد.

- إما أن يطلب إبطال البيع، إذا كان البائع قد باع ملك غيره، عملاً بالمادة ٣٨٥ م و ع.

- إما أن يطلب إلزام البائع بضمان الإستحقاق المفصل في المادة ٤٣٣ م و ع، تطبيقاً للمبدأ العام في التنفيذ بطريق التعويض.

بالمقارنة بين المسلكين الأولين، فإن طلب الإبطال أجدى من طلب الفسخ لأن للمشتري في حالة بيع ملك الغير طلب الإبطال مع التعويض ولو كان البائع حسن النية أي غير عالم بأن المبيع ملك غيره، مثال ذلك: إذا اشتري شيئاً أو ورثه فباعه ثم تبين أنه للغير لم يكن البائع يعلم بذلك. أما في الفسخ فإن التعويض معه هو جزاء لا يجب أو تعمد منه كما لو كان البائع عالماً بحق الغير عند البيع وكتمه عن المشتري أو باع عقاره لشخصين وسجله للثاني، أو باع منقولاً وسلّمه للثاني.

^١ غنى حسون طه، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

^٢ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ١٧١.

أما إذا اختار المشتري سلوك المسلك الثالث وهو تضمين البائع ضمان الإستحقاق فإنه يكون له تضمين البائع التعويض وفقاً لنص المادة ٤٣٣ م و ع, ونصّها هو الآتي:

"إذا كان الوعد بالضمان على وجه مجرد أو لم يُشترط شيء يختصّ بالضمان فالمشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الإستحقاق يحق له أن يُطالب البائع:

- ١- بردّ الثمن.
- ٢- بقيمة الثمن إذا أُجبر المشتري على ردّها إلى المالك المستحقّ.
- ٣- المصاريف التي صرفها المشتري في سبيل دعوى الضمان وبمصاريف المدّعي الأصلي.
- ٤- ببدل العطل والضرر مع النّظر بعين الإعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الإقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية.

على أنه لا يحقّ للمشتري أن يُطالب ببدل العطل والضرر إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الإستحقاق"^١.
وبذلك يكون المشرّع اللبناني قد فصل عناصر التعويض الذي يلتزم به البائع تجاه المشتري في حالة الإستحقاق الكلي، كما فعل المشرّع الفرنسي في المادة ١٦٣٠ م.ف والتي تعتبر المادة ٤٣٣ م و ع ترجمة مطابقة لها.

Les Articles 1630:

AL.1: Lorsque la garantie a e'te' promise, ou qu'il n'a rien e'te' stipule' a ce sujet, si l'acque'reur est e'vince' il a droit de demander contre le vendeur la restitution du prix.

AL.2: celle des fruits, lorsqu'il est oblige' de les rendre au propriétaire qui l'e'vince.

AL.3: les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux fait par la demandeur originaire.

AL.4: en fin les dommages et interest ainsi que les frais et layaux couts du contrat.

وقد فصلّ المشرّع اللبناني عناصر التعويض بشكل أدقّ في المواد ٤٣٥ و ٤٣٦ م و ع. كما أن عناصر التعويض

هذه، هي مجرّد تطبيق للقواعد العامة في مقدار التعويض أي ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب.

إنّ المادة ٤٣٣ م و ع المقابلة للمادة ١٦٣٠ م.ف تبين أن البائع عندما يعد بالضمان فإن حسن نيّته لا يكفي أن

يضعه بمنأى عن تعهده الذي يتضمن بالإضافة إلى ردّ الثمن، حق المشتري الذي نزع منه المبيع ولو كان جزئياً أن

^١ يقابلها المادة ٤٤٣ مدني مصري.

يعوّض عليه البائع الذي لم يتضرر من نتائج العقد، وخاصةً عندما يكون المشتري قد دفعه للمالك الحقيقي^١. كما أن هذه المادة تطرح مبدئياً حقّ فسخ العقد بغية الحصول على ردّ الثمن، ويُفهم أيضاً من خلالها أن البائع تصرّف في ملك شخص ثالث وانتزع هذا الأخير المبيع من يد المشتري مما أعطى المشتري الحق بالرجوع بضمان الإستحقاق. أما بالنسبة لعناصر التعويض والتي تشكل حقوقاً للمشتري في حالة الإستحقاق سوف نعرض لها تباعاً.

● ردّ الثمن:

ألزم المشرّع في المادة ٤٣٣ م و ع ، البائع بردّ الثمن المدفوع له من المشتري وقت البيع بصرف النظر عن قيمة المبيع وقت الإستحقاق متماشياً مع ما جاء في القانون الفرنسي الذي أوجب في المادة ١٦٣٠ م.ف على البائع ردّ الثمن (les restitution du prix). لأن المشتري الذي نزع منه المبيع كلّه بحكم الإستحقاق يصبح الثمن الذي دفعه للبائع دون سبب، وتكون دعوى المطالبة بإعادة الثمن مستندة إلى إعادة المال غير المستحق.

أضاف بعض الشراح الفرنسيين أمثال: بلانيول وريبير أن المشتري حتى ولو كان سيئ النية أي علم بسبب الإستحقاق قبل تنظيم العقد يبقى له الحق باسترداد الثمن لأنّه يكون قد دفع على أمل أن يبقى المبيع له دائماً وأن غلظه يتناول المستقبل ما عدا حالة ما إذا كان المشتري قد أخذ على نفسه المضار والمخاطر التي يُمكن أن تحدث^٢. وهي الحالة المنصوص عنها في المادة ٤٣٢ م و ع والتي تنصّ: "في حالة اشتراط عدم الضمان يبقى البائع مُلزماً عند نزع اليد بالإستحقاق بردّ الثمن إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يُمكن وقوعه من المضار والمخاطر". وهذا ما نصّت عليه أيضاً المادة ١٦٢٩ مدنيّ فرنسي^٣.

أمّا الثمن الذي يتوجب على البائع رده بحسب المادة ٤٣٣ م و ع هو الثمن الذي دفعه المشتري عند البيع، إذ أنه العنصر الأساسي في التعويض، وهو الثمن المسمّى في العقد وكلّ مبلغ يلتزم بدفعه باعتباره مكماً له. أما طريقة دفعه فتكون طبقاً للشروط المتفق عليها بين المتعاقدين، فقد يكون دفعه على أساس سعر عملة أجنبية أو أن يكون

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

^٢ موريس نخلة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

^٣ Article 1629: "dans le meme cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'eviction, est tenu a la restitution du prix, a moins que l'acque'reur n'ait connu lors de la vente le danger de l'eviction ou qu'il n'ait achete' a ses pe'rils et risques".

متفقاً على أن يتم دفع الثمن أقساطاً أو على دفعة واحدة، أو أن يشترط الدفع بالذهب أو ما يُعادل قيمته من الأوراق النقدية.

وبالتالي لا يجب النظر إلى قيمة المبيع عند الإستحقاق فقد ترتفع قيمة المبيع أو قد تنقص عما كانت عليه عند البيع في الوقت الذي يتم فيه الإستحقاق وإن الزيادة أو النقصان لا يؤثران على موجب البائع الذي عليه أن يرد الثمن فقط دون أن يحق له التذرع بنقصان قيمة المبيع ودون أن يكون للمشتري أن يتذرع بالزيادة^١، إذ يعتبر العقد كأنه لم يكن أي انه لم يترتب أثراً وتبعاً لذلك يكون الثمن بين يدي البائع بدون سبب فيكون للمشتري أن يسترده على أساس دفع غير المستحق إذا أنه دفعه تنفيذاً لبيع لم يؤد إلى انتقال الملكية اليه، فهو يعتبر أنه قد دفع ما لا يجب، ويكون له الحق في استرداده.

إلا أن الإسترداد هنا لا يقوم على أساس تعويضي بل هو يتقرر على أساس أن البيع لم يترتب أثراً. وبذلك يكون لدعوى الإستحقاق نفس الآثار التي تترتب على دعوى الفسخ، وفضلاً عن ذلك يكون للمشتري أن يطلب البطلان إذا ما تعلق الأمر ببيع ملك الغير، وله أن يسترد الثمن كذلك^٢. وقد إعتبر الإجتهد اللبناني "أن نصّ المادة ٤٣٣ م و ع لم يفرق بين الإستحقاق من جهة والإبطال أو الفسخ من جهة أخرى، مع أن المطالبة بالضمان تحصل من المشتري على إعتبار أنه ينتشبت ببقاء عقد البيع ونفاذه"^٣.

أما بالنسبة لنصّ المادة ١٦٣٠ مدني فرنسي فإنها تطرح مبدأ حقّ الشّاري في طلب فسخ العقد ليحصل على إسترداد الثمن، وعلى أن يدفع مبلغ الثّمار عندما يكون مجبراً على ردّها إلى المالك الحقيقي الذي ينزع يده، وعلى التعويض عليه عن مصاريف دعوى الضمان والطموح إلى العطل والضرر، وذلك بدون إخضاعه على الإطلاق لإثبات سوء نيّة البائع، في حين على غرار ما يجري في مادة الضّمان ضدّ العيوب الخفية، إن إدراك هذا الشرط مطلوب لبعض عناصر الادّعاء كالتعويض عن العطل والضرر^٤.

^١ مروان كركبي، مرجع سابق، ص ١٤٣.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٧٩ و ٣٨٠.

^٣ محكمة بداية البقاع، تاريخ ٢٧/١٠/١٩٨٨، النشرة القضائية ١٩٨٨، العدد ١٢، ص ١٣٠٩.

^٤ جبروم هوبيه، "المطول في القانون المدني"، "العقود الرئيسية الخاصة"، المجلد الأول، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٣، ص ٢٦٠.

أما المشرع المصري فقد حرص على التمييز بين أحكام الضمان وأحكام البطلان والفسخ، إذ أنه بعد أن بنيت المادة ٤٤٣ مدني مصري ما يكون للمشتري أن يطلبه من البائع في حالة الإستحقاق الكلي، طبقاً لأحكام الضمان، نصت على أن كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله. فالمشرع هنا، فرّق بين الرجوع على أساس الضمان وبين الرجوع على أساس الفسخ أو البطلان، إلا أنّ رجوع المشتري على أساس الضمان لا يخل برجوعه على أساس فسخ البيع أو إبطاله، ذلك لأن البائع إذا كان يلتزم بتنفيذ إلتزامه بالضمان تنفيذاً عينياً، فإنه متى تعذّر عليه ذلك إلتزم بالتنفيذ بطريق التعويض، على إعتبار أن التنفيذ يتعلّق بتنفيذ إلتزامات عقدية، فالتنفيذ بطريق التعويض ليس إلا تنفيذاً للعقد بعد تعذّر تنفيذه عينياً، نظراً لأنّ العقد يظل قائماً، وذلك على خلاف حالتي البطلان أو الفسخ.

كما أنه وفقاً للقانون المصري فإنه يكون للمشتري عند الإستحقاق أن يرجع على البائع بقيمة المبيع وقت الإستحقاق على إعتبار أنه إذا كان للمشتري أن يرجع على البائع عند إستحقاق المبيع، فلا شك أن للأساس الذي يرجع بمقتضاه أثره من حيث مقدار المبلغ الذي يمكن الرجوع به، فإذا أعتبر أن ضمان الإستحقاق تعويض للمشتري لعدم إمكان التنفيذ العيني، فإنه يستحقّ "قيمة المبيع وقت الإستحقاق". وهذه القيمة لا تتمثل في ثمن المبيع بل في قيمته الحقيقية، بصرف النظر عن ثمنه، وتقدر هذه القيمة وقت الإستحقاق تماشياً مع فكرة التعويض حيث أن قيمة الضرر تقدر وقت تحقّقه، وقد خسر المشتري المبيع عندما أستحقّ، ويتم تقدير القيمة دون تأثير لمقدار الثمن^١. فقد تزيد قيمة المبيع كما قد تنقص لأي سبب عن مقدار الثمن الذي دفع على إعتبار أن قيمة المبيع هي القدر الذي ضاع فعلاً على المشتري بسبب الإستحقاق وبالتالي يكون له أن يطالب بقيمة المبيع وقت الإستحقاق^٢.

إن تقدير هذه القيمة أمر يستقل به قضاة الأساس ولا تأثير لحسن أو سوء نية البائع، سواء أكان يعلم بسبب الإستحقاق وقت البيع أو لا يعلم فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الإستحقاق كما أن للمشتري أن يأخذ قيمة المبيع وقت الإستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن أم سيئ النية، أي بين ما إذا كان يعلم وقت البيع أو لا يعلم بسبب الإستحقاق.

^١ نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٧٧، ٣٧٨.

إلا أنه إذا كان تقدير قيمة المبيع وقت الإستحقاق أمر يستقلّ به قاضي الاساس، إلا أنه إذا قدم له دليل مقبول - وهو هبوط قيمة المبيع عادةً بإستعماله فترة من الزمن - فإن عليه إذا رأى عدم الأخذ بهذا الدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم الأخذ به^١.

من هنا، نجد خلاف واضح بين المشرع اللبناني الذي نهج نهج المشرع الفرنسي وبين المشرع المصري لهذه الجهة وذلك بإلزامه البائع أن يرد الثمن وليس قيمة المبيع وقت الإستحقاق. ولقد كان من الأعدل على المشرع اللبناني أن يلزم البائع بأن يردّ للمشتري قيمة المبيع وقت الإستحقاق بدلاً من إلزامه بردّ الثمن، لأن المشتري هنا يطالب بالتعويض على أساس قيام العقد وليس على أساس إغائه أو إبطاله، فالبيع باقٍ وهو مصدر التعويض.

أمّا إذا طالب المشتري بردّ الثمن على أساس إلغاء العقد أو إبطاله، فإنه يستردّ الثمن، لا قيمة المبيع وقت الإستحقاق، إذ عندما يزول العقد يصبح الثمن غير مستحقّ، فيستردّه المشتري بدعوى استرداد غير المستحقّ.

فكما هو واضح، فإن المشرع اللبناني ذهب في إتجاه واحد مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في خطه بين ضمان الإستحقاق ودعوى الإلغاء أو دعوى الإبطال، فأوجب على البائع بضمان الإستحقاق ردّ الثمن.

إذن يتعين على البائع الملتزم بالضمان أن يردّ الثمن الذي قبضه، أما إذا لم يكن قد قبضه كان للمشتري حبسه إذا وقع تعرّض له من الغير، وللمشتري أن يستردّ الثمن كاملاً بغضّ النظر عمّا إذا كانت قيمة المبيع وقت الإستحقاق قد زادت أو نقصت، وبغضّ النظر عمّا إذا كان المبيع مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإهمال إرتكبه المشتري أو لحادث نشأ عن قوّة قاهرة فالبايع يبقى ملتزماً بردّ الثمن، وفقاً لنصّ المادّة ٤٣٤ م و ع. وهذا ما يتفق مع الأساس في التعويض الذي أخذ به القانون اللبناني خلافاً للقانون المصري، ويقابل هذه المادّة ١٦٣١ م.ف^٢.

أمّا إذا كان المشتري قد جنى نفعاً من التعيب الذي أحدثه في المبيع فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يُعادل قيمة ذلك النفع، كما جاء في فقرة ٢ من المادّة ٤٣٤ م و ع، ويقابلها نصّ المادّة ١٦٣٢ مدني فرنسي^٣.

^١ اجتهاد مصري، قرار رقم ٦٠٥ تاريخ ١٩٧٨/٠٤/٢٧، نقلاً عن محمد شتا ابو سعد، مرجع سابق، ص ١٥٢٠.

^٢ Article 1631: "lorsqu'a L'epoque de leviction , la chose vendue se trouve diminuée de la valeur , ou considerablement par la negligence de L'acheteur , soit par des accidents de force majeure , La vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix"

^٣ Article 1932 : "Mais si L'acquéreur a tire profit des degradations par lui faites le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit"

ومثال هذه الحالة: إذا كان المشتري قد أفاد من النقص الذي أحدثه في المبيع، كما إذا كان المبيع منزلاً وهدم جزءاً منه وباع أنقاضه، وحصل على ثمنه لنفسه، فإنه يكون للبائع أن ينقص من الثمن مبلغاً يُعادل قيمة النقص الذي عاد على المشتري^١.

إلا أنه لا يمكن للمشتري الذي نزع منه المبيع أن يُطالب بأكثر مما دفع فعلياً فإذا كانت دعوى الضمان قد وجهت من المشتري المنزوع حقه ضدّ بائع سابق فلا يُمكنه أن يُطالب بأكثر مما دفع هو بالذات حتى ولو كان الثمن الذي قبضه البائع اللاحق كان أعلى من المدفوع لقاء البيع الأخير. وهذا ما قد يحصل في حالة تعدّد البيوع، فيبيع المشتري الشيء الذي إشتهراه إلى مشتري ثانٍ، ثم يستحق المبيع بين يدي هذا الأخير. لا تقوم صعوبة في مثل هذه الحالة إذا كان البيع الأول والثاني واحداً، لكن إذا اختلف الثمن زيادةً أو نقصاً، فما هو الحكم؟.

للمشتري الثاني أن يرجع بدعوى الضمان على البائع الأول مباشرة، وذلك لأن دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول قبيل البائع تنتقل إلى المشتري الثاني باعتبارها من ملحقات المبيع^٢. إلا أن رجوع المشتري الثاني على البائع الأول (لا على المشتري الأول وهو من باع له) لا يكون إلا بقدر ما دفع، كما أن البائع الذي ترفع عليه دعوى الضمان لا ينبغي أن يدفع أكثر مما قبض. وعلى ذلك يكون للمشتري الثاني أن يرجع بالضمان على البائع الأول في الحدود التي يلتزم فيها هذا الأخير، فإذا كان الثمن الذي قبضه البائع الأول أقل مما دفعه المشتري الثاني الذي حصل له التعرّض، فإن هذا الأخير لا يرجع بقدر ما قبض البائع الأول. ويبقى للمشتري الثاني أن يُحصّل الفرق ممن باع له مباشرة (المشتري الأول). أما إذا كان ما قبضه البائع الأول أكثر مما دفعه المشتري الثاني، وهو من حصل له التعرّض، فلا يكون لهذا الأخير أن يرجع على البائع الأول إلا بما دفعه فقط. أما الزيادة فهي من حق المشتري الأول (الوسيط بين البائع الأول والمشتري الثاني)، يكون له أن يرجع بها على البائع له.

^١ Baudry et saignat , op.cit , labbe , rev. crit , N° 371 P:679 et 680.

مترجم منه للعربية

^٢ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel , op.cit , N° 104 P:112 et 113.

مترجم منه للعربية

وفي هذا المجال، كان محرز المبيع يُلاحق بائعاً سابقاً ويُطالب بالثمن عن المبيع الأول الذي كان أعلى مما دفع هو وقد رَدَّت محكمة "تولوز" طلبه وحصرته في الثمن الذي دفعه هو نفسه^١.

أما في حالة البيع الجبري، إذا استحق المبيع بين يدي المشتري، يكون له أن يرجع على المدين المحجوز عليه، وله كذلك الرجوع على الدائنين الحاجزين بإسترداد الثمن على أساس ما دفع بغير حق^٢.

أما في القانون المصري البائع مُلزم بأن يدفع قيمة المبيع وقت الإستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت وفقاً لما جاء في المادة ٤٤٣/١ مدني مصري. وهو مُلزم بذلك دون تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع وقت الإستحقاق. مثلاً: لو أن المشتري دفع ثمناً للدار ألفاً وكانت قيمتها وقت الإستحقاق تقل عن الألف أو تزيد فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو قيمة الدار وقت الإستحقاق قلت عن الثمن أو زادت^٣. إلا أن قيمة المبيع قد تهبط عن قيمته وقت البيع كهدم جزء من المنزل أو قد تزيد بفعل المشتري أو لإرتفاع سعر المبيع في السوق أو نتيجة تحسين طرق المواصلات أو فتح شارع إلا أنه وفقاً للقانون المصري فإن البائع مُلزم بدفع قيمة المبيع وقت الإستحقاق سواء زادت عن الثمن أو نقصت مع الفوائد القانونية عن قيمة المبيع من وقت الإستحقاق بغض النظر عما إذا كان كل من البائع أو المشتري حسن أو سيء النية والفوائد القانونية تحسب من وقت الإستحقاق لا من وقت المطالبة القضائية كما تقضي بذلك القواعد العامة وهذا يرجع إلى أن المشتري يُحرم من الإنتفاع بالمبيع أو الحصول على ثماره من وقت رفع الدعوى بإعتباره وقت الإستحقاق فيعوض عن ذلك بفوائد قيمة المبيع من ذلك الوقت^٤.

وفي حال نقصت قيمة المبيع وقت الإستحقاق عن الثمن فللمشتري بدلاً من الرجوع بالضمان أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن.

إلا أنه يُلاحظ أن القانونين اللبناني والفرنسي فرضا على البائع ردّ الثمن بغضّ النظر عما إذا كانت قيمة المبيع قد نقصت أو حتى إذا فسد الشيء المبيع إلى حدّ كبير بخطأ المشتري وفقاً لما جاء في المادة ٤٣٤ م و ع والمادة ١٦٣١ مدني فرنسي. وأكثر من ذلك فإن المشتري يستفيد بالمقابل من زيادة قيمة الشيء: "البائع مُلزم بأن يدفع ما

^١ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

^٣ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٧٧ و ٦٧٨.

^٤ أنور سلطان & جلال العدوي، مرجع سابق، ص ٣١٦.

يساوي هذه الزيادة" وفقاً للمادة ١٦٣٣ مدني فرنسي فهو يستفيد إذاً من فائض القيمة المحتمل دون أن يتعرّض لتحمل نقص القيمة^١. وهذه الأحكام ملائمة جداً للمشتري.

هذا بالنسبة للثمن، أما بالنسبة لعناصر التعويض الأخرى المنصوص عنها هل يلزم أن يكون المشتري حسن النية للرجوع بعناصر التعويض الأخرى؟.

قبل أن نعرض لعناصر التعويض الأخرى، ينبغي الإجابة على السؤال المطروح؟.

يتجه الفقه السائد في فرنسا إلى إستلزام حسن نية المشتري لكي يستحق المبالغ الأخرى التي نصّ عليها القانون غير الثمن. ويُقصد بحسن النية أن يجهل المشتري وقت البيع سبب الإستحقاق.

وقد أيد بعض الفقهاء المصريين هذا الإتجاه، وأخذت به محكمة النقض المصرية، مستنديين في ذلك إلى ما جاء بصدد "بيع ملك الغير" من أنه إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك من البائع له أن يُطالب بالتعويض. ومعنى ذلك أنه لا يحقّ للمشتري أن يُطالب بالتعويض إلا إذا كان حسن النية.

إلا أن إثارة هذا الأمر في ظلّ القانون اللبناني يأخذ منحى آخر خاصةً أنه في حالة بيع ملك الغير طبقاً للمادة ٣٨٥ م و ع فإنه يُشترط لإستحقاق المشتري التعويض أن يكون المشتري نفسه حسن النية أي يجهل وقت البيع أن المبيع مملوك للغير، وأن يكون البائع نفسه سيء النية أي يعلم أنه لا يملك المبيع.

هذا ما يدعونا إلى النظر بأحكام الضمان بصورة مستقلة عن أحكام بيع ملك الغير، وإن كان في أغلب الحالات في إطار الإستحقاق الكلّي، يكون المبيع مملوكاً للغير، ولكن هذا ليس من الضروري فقد يقع هذا الإستحقاق بالإستناد إلى سبب آخر.

ولما كانت المبالغ الأخرى التي يحق للمشتري أن يطالب بها وفقاً للمادة ٤٣٣ م و ع متعددة إذ أنها تشمل : الثمن، الثمار، المصروفات، والتعويضات. فإن النصّ الخاصّ ببيع ملك الغير لا يعرض إلا بالنسبة لبدل العطل والضرر، إذ يُحرم المشتري منها فقط متى كان سيء النية، أما بالنسبة لحقّ المشتري في المبالغ الأخرى (الثمار والمصروفات القضائية) فضلاً عن الثمن، فإنه يبقى حتى ولو كان سيء النية أي لا يعلم عند التعاقد بسبب الإستحقاق .

وبالتالي فإن الرأي الذي يستلزم حسن نية المشتري لإستحقاق المبالغ الأخرى، يجب أن لا يؤخذ به في ظلّ القانون اللبناني لأنه يتعارض مع صراحة نصّ المادة ٤٣٣ م و ع التي لم تستلزم حسن نية المشتري إلا بالنسبة لحالة

^١ جيروم هوييه، مرجع سابق، ص ٢٦١.

المطالبة بالتعويضات دون المبالغ الأخرى. وهذا واضح من خلال البند الأخير فيها الذي نصّ على أنه : "لا يحقّ للمشتري أن يطالب ببطل العطل والضرر إذا كان عالماً وقت المبيع بخطر الإستحقاق"، أي إذا كان سيء النية. إذاً حسن نية المشتري مفروض فقط في حالة المطالبة بالعطل والضرر، ولا يجب أن يفهم من ورود النص على هذا النحو أن حسن النية يجب أن يقوم في الحالات الأخرى الواردة في الفقرات السابقة من المادة المذكورة. كما أنه لا بد من الإشارة، إلى أن إستلزام حسن النية الواردة في الفقرة ٤ من المادة ٤٣٣ م و ع لا نظير له في المادة ١٦٣٠ مدني فرنسي المقابلة للمادة المذكورة.

● قيمة الثمار :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ م و ع على أن "المشتري الذي نزع منه المبيع كلّه بحكم الإستحقاق أن يطالب البائع بقيمة الثمار إذا أُجبر على ردها إلى المالك المستحق". ولا تعني الثمار، الثمار الطبيعية للأشجار فقط، بل تشمل نتاج المبيع : كبدلات الإيجار مثلاً، كما تشمل فوائد الثمن^١. فالبايع مُلزم بتعويض المشتري عن قيمة الثمار التي ألزم بردها إلى المستحق. وإلتزامه هذا أساسه التعويض، فالثمار التي ردّ المشتري قيمتها تعتبر من قبيل الكسب الذي ضاع عليه، ولذلك لا يحقّ للمشتري المطالبة بقيمة الثمار إلا حيث يحق له أن يرجع على البائع بالتعويض^٢ فهي عنصر من عناصر التعويض الذي يُلزم البائع بدفعه للمشتري. الأصل، أن للمشتري ثمار المبيع منذ البيع، وذلك نظيراً لانتفاع البائع بالثمن، فإستحقاق المشتري للثمار يُقابل فوائد الثمن بالنسبة للبائع، ولكن البائع مُلزم بأن يعوّض المشتري عن قيمة الثمار، إذا أُجبر هذا الأخير بردها إلى المالك المستحق. فالمبدأ أن المشتري لا يُلزم برده الثمار للمستحقّ - أي للمالك الحقيقي - إلا إذا كان سيء النية، أما إذا كان حسن النية فيتملكها ولا يُحكم عليه بردها^٣. إلا أن حسن النية اللازم لتملّك الثمار يجب أن يتوفّر وقت القبض. ما هذا إلا تطبيقاً للمبادئ العامة، ولنص المادة ٢١٦ و ٢١٧ من قانون الملكية العقارية، بحيث يُستفاد من نصّ المادة ٢١٦ من قانون الملكية العقارية أنه إذا كان الشخص الذي بنى الأبنية أو غرس الأعراس حسن النية، فلا يُطالب بالغلّة التي

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

^٢ عبد المنعم البدرابي، مرجع سابق، ص ٤٨٥.

^٣ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

تناولها. أما نصّ المادة ٢١٧ من قانون الملكية العقارية فيستفاد منه أنه إذا كان الشخص الذي بنى الأبنية أو غرس الأعراس سيء النية فيجب أن يُعيد إلى صاحب الأرض قيمة الغلّة التي تناولها.

إذن، إذا كان المشتري يستطيع أن يرجع بقيمة الثمار على البائع سواءً كان حسن النية أم سيء النية وذلك إستناداً إلى المادة ٤٣٣ م و ع التي لا تفرّق في هذا الصدد. وبعبارة أخرى، إن حسن أو سوء نية المشتري لا أثر له في رجوع المشتري على البائع. أما في صلة المشتري بالمالك المستحق فإنه لا يجبر على ردّ الثمار إلا إذا كان سيء النية وقت القبض، وهو يعدّ سيء النية منذ رفع المالك لدعوى الإستحقاق على المشتري.

وبالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة ١٦٣٠ مدني فرنسي مقابلة للفقرة الثانية من المادة ٤٣٣ م و ع، إلا أن هناك فارق بين القانونين. ففي القانون اللبناني للمشتري الذي حصل له التعرّض أن يرجع بالثمن، وبالثمار لو كان سيء النية وقت العقد، فإذا كان سيء النية منذ البداية أجبر على ردّها إلى المالك المستحق، ومع ذلك يكون له الرجوع بقيمتها على البائع. أما إذا كان حسن النية وقت العقد فإن الثمار تكون له إلى أن يصبح سيء النية، ومنذ ذلك الحين يردّها إلى المستحق ويكون له حينئذ الرجوع على البائع بما أجبر على ردّه إلى المستحق.

أما في ظل القانون الفرنسي، وطبقاً للرأي السائد، فإنّ المشتري سيء النية منذ البداية، يجبر على ردّ الثمار إلى المستحق ولا يكون له الرجوع على البائع (خلافاً للقانون اللبناني) أما إذا كان حسن النية وقت العقد ثمّ ساءت نيّته فيما بعد وأجبر على الردّ منذ أن ساءت نيّته، كان له أن يرجع بما أجبر على ردّه منذ أن ساءت نيّته، لأنّه كان حسن النية وقت العقد^١.

وفي هذا المجال أيضاً، يختلف القانون المصري عن القانون اللبناني، بحيث إعتد القانون المصري نفس إتجاه القانون الفرنسي، فالعبرة بحسن النية للتملّك هو وقت جنيتها، والعبرة بحسن النية للرجوع على البائع هو وقت البيع.

كان من الأفضل أن ينهج القانون اللبناني منهج القانون الفرنسي والمصري، وذلك لأن المشتري السيء النية وقت العقد يجب أن لا يستفيد من سوء نيّته، على إعتبار أنه لا أحد يستطيع أن يستفيد من نتائج إحتياله .

يعتبر المشتري سيء النية من وقت رفع دعوى الإستحقاق عليه، لأنه في هذا الوقت أصبح عالماً بسبب الإستحقاق.

وبالنسبة للقانون المصري فقد عوّض الشاري عن ثمار المبيع من هذا الوقت بالفوائد القانونية لقيمة المبيع^٢.

^١ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٣٠٦

^٢ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel , op.cit , N° 116 , p: 125.

وإذا كان الغير المتعرض دائماً مؤمناً لديه العقار فإن المشتري لا يتعين عليه رد سوى الثمار التي جناها منذ إنذاره بالدفع أو بالتخلي عن العقار^١.

كذلك، هناك حالة ما إذا نزع الملكية من تحت يد المشتري بناءً على تتبع الدائنين المرتهنين فإنّه وطبقاً لقانون أصول المحاكمات المدنيّة اللبناني يكون للدائنين الحاجزين الحقّ في ثمار العقار، وتوزّع من الثمن، وذلك منذ تسجيل محضر الحجز في صحيفة العقار العينية، فمذ إجراء هذا التسجيل لا يكون للمحجوز عليه أن يجني ثمار العقار (مادة ٧٣٥ أ. م. م) وبذلك يحرم منها المشتري، فيكون له الرجوع بقيمتها على البائع، طبقاً لما تقضي به المادة ٤٣٣ / ٢ م و ع.

• المصاريف:

إنّ المصاريف التي يجبر البائع على ردها للمشتري متعددة منها : مصاريف دعوى الضمان ومصاريف المدعي الأصلي، ومنها مصاريف أنفقت على المبيع، ومصاريف العقد ورسومه القانونيّة.

- مصاريف دعوى الضمان ومصاريف المدعي الأصلي: فبالنسبة لهذه المصاريف يحقّ للمشتري أن يُطالب بها البائع وفقاً لما نصّت عليه الفقرة ٣ من المادة ٤٣٣ م و ع المقابلة للفقرة ٣ من المادة ١٦٣٠ م. ف.

فوفقاً لما جاء به القانون يكون للمشتري أن يسترد من البائع المصاريف التي أنفقتها في سبيل دعوى الضمان، فضلاً عما يكون قد صرفه في دعوى الإستحقاق. أما بالنسبة لمصاريف المدعي الأصلي فلا خلاف حول إمكان رجوع المشتري بمصاريف إفتتاح الخصومة، نظراً لأنها ضروريّة لإفتتاح الخصومة سواء رفعت على البائع نفسه أم على المشتري. أما المصاريف التالية التي يقوم بها المشتري بعد ذلك، فإن البائع يلتزم بها كذلك إذا دعاه المشتري إلى الدخول في الدعوى ولم يفعل وهو ملزم من يوم دعوته. ولكن إذا تراخى المشتري في إدخال البائع وقام بمصروفات خلال الفترة بين رفع الدعوى وقبل إدخال البائع، فإنّ للقضاء تبعاً للظروف، أن يُلزم بها المشتري منذ الوقت الذي كان في إستطاعته أن يخطر بها البائع وفقاً للمادة ٤٤١ م و ع إلى حين إدخال هذا الأخير في الدعوى. أمّا إذا لم يقم المشتري بدعوة البائع إلى التدخّل، فهنا يبقى له الرجوع بها طالما أنّه قادر على إثبات أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته إستصدار حكم بردها ويكون للبائع في نفس الوقت أن يتخلص منها إذا أثبت أن المشتري إستمر في

مترجم منه للعربية

^١ زهدي يكن، مرجع سابق، ص ٣٢٢

الدعوى وكان حقّ المدّعي فيها من الظهور، بحيث كان الإستمرار بها، وبالتالي المصاريف لا لزوم لها، أو أثبت أن المشتري إستمر في الدعوى رغم إخطار البائع له بأن لا وسيلة لديه لدفعها^١.

- المصاريف التي انفقت على المبيع:

بالإضافة، للمصاريف الواجب ردّها إلى المشتري والتي عدتها المادة ٤٣٣ م و ع، هناك مصاريف أخرى يجب إعادتها لهذا الأخير وقد نصّت عليها المادة ٤٣٥ والمادة ٤٣٦ م و ع.

فقد نصّت المادة ٤٣٥ م و ع : "على البائع أن يردّ إليه جميع نفقات الترميمات والتحسينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع".

يُقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة ١٦٣٤ م. ف ونصّها هو الآتي:

"Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser a l'acquerer, par celui qui l'evince, toutes les reparations et ameliorations utiles qe'il aura faites au fonds"

أما المادة ٤٣٦ م و ع فقد نصّت على أنّه "يجب على بائع مال الغير إذا كان سيء النية، أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على المبيع وإن يكن للكماليات والمستحقات". ويُقابلها في القانون الفرنسي المادة ١٦٣٥ م. ف ونصّها هو الآتي:

Art.1635:" Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser 2' l'acquerer toutes les dépenses , meme voluptuaries ou d'agrement , que celui-ci aura faites au fonds"

و بالنظر إلى هاتين المادتين يتّضح لنا أنّ المشرع يُفرق بين ثلاثة أنواع من المصروفات التي أنفقت على المبيع وهي المصروفات الضرورية، النافعة، والكمايلية، وبين حسن وسوء نية البائع لإلزامه بردّ تلك المصروفات.

١- المصروفات الضرورية: هي تلك المصروفات التي لا بدّ من إنفاقها في سبيل المحافظة على وجود المبيع أو على متابعة الإنتفاع به^٢. ومثل ذلك: أنّ يقوم بترميم حائط في المنزل، أو إعادة بناء هذا الحائط بحيث لولا ذلك لتهدّم المنزل بأكمله. لا شك أنّ في مثل هذه المصروفات منفعة للمستحقّ، إذ كان عليه أن يقوم بها لصيانة المبيع كما لو كان بين يديه. لذا يلتزم المستحقّ بأدائها كاملة للمشتري فإذا لم يقم بأدائها، يتوجب على البائع أن يحمله على ذلك،

^١ . 117-118 p. N" 115 ,op.cit, Hamel par Georges Ripert et Marcel Planiol

مترجم منه للعربية

^٢ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٥٠١.

وإلا عدّ مسؤولاً بنفسه عنها أمام المشتري^١. وهذا ما نصّت عليه المادة ٤٣٥ م و ع. إذ يعتبر البائع بمثابة كفيل للغير يضمن للمشتري الحصول على ما أنفقه، والتزامه يأتي في المرتبة الثانية. وفي هذه الحالة لا يختلف نطاق ما يلزم به المستحق عن نطاق ما يلتزم به البائع في هذا الصدد، إذا ما رجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية. فإذا قام أحدهما بالوفاء، تحرّر الآخر بمواجهة المشتري^٢.

٢- المصروفات النافعة: هي تلك التي لا تقوم ضرورة تستلزم إنفاقها، إنما ينشأ عنها زيادة في قيمة المبيع، كالقيام ببناء جديد أو غراس في العين، فإن المشتري تطبّق عليه القواعد الخاصة بالإلحاق في القانون اللبناني التي تفرق بين حسن وسوء نية الباني. فإذا كان المشتري حسن النية وقت إنفاق المصروفات النافعة أي لا يعلم بسبب الإستحقاق، فإنّ المستحقّ يخير بين أن يردّ له أقلّ القيمتين: قيمة المصروفات أو ما زاد في قيمة المبيع بسببها. أما إذا كان سيء النية، كان للمستحقّ أن يطلب إزالة ما فعله المشتري بالمبيع، أو أن يطلب إستبقائه مقابل دفع قيمة مستحقّ الإزالة أو دفع ما زاد في قيمة المبيع بسببه. ويلاحظ هنا ان المشتري لا يستطيع أن يحصل من المستحقّ إلا على بعض ما أنفقه لذلك خوله المشرع الرجوع على البائع بالمصروفات النافعة التي لا يستطيع أن يلزم بها المستحقّ^٣، أي أنه يستطيع الرجوع بالفرق على البائع.

إلا أن الزيادة في قيمة الشيء (المبيع) نتيجة لما أنفقه المشتري، قد تكون أكثر من القدر الذي أنفقه، وقد تكون أقلّ. لذا فإنّ التساؤل يثور بالنسبة لما يمكن أن يرجع به المشتري على البائع، هل يرجع بما أنفق فعلاً أم يرجع بما تحقّق من زيادة في قيمة المبيع، سواءً كانت تفوق ما أنفق أم كانت تقلّ عنه؟؟

بالرغم من وضوح نصّ القانون الفرنسي في المادة ١٦٣٤ منه، من حيث إنصراف الإلتزام هنا إلى "ردّ جميع نفقات الترميمات والتحسينات". فإنّ بعض الفقهاء الفرنسيين يرى أن إلتزام البائع يتحدّد بقيمة الأضرار التي حاقت بالمشتري، وهي تتمثّل في حرمانه ممّا زاد في قيمة المبيع (La plus-value)، فقط عند الإستحقاق". ولهذا فإنّ البائع ملزم بأنّ يعوّض المشتري بقدر ما زاد في قيمة المبيع، لا بقدر ما أنفق".

^١ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel, op.cit,N^o 118, p:127

مترجم منه للعربية

^٢ Baudry et saignet ,op.cit, N^o379 p:380

مترجم منه للعربية

^٣ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٤٥ و ١٤٦

إلا أنه قد تكون النفقات أكثر مما تحقق فعلاً من زيادة في القيمة وهذا ما يحصل عادةً ، وقد تكون تلك النفقات أقل من الزيادة في القيمة ولا يعوض المشتري إلا بقدر ما زاد. ويستند هؤلاء الفقهاء إلى أنه في حال كانت الزيادة في القيمة أقل من مقدار النفقات، فإنّ الإستحقاق لا يحرم المشتري إلاّ من الزيادة في القيمة فقط. هذا هو القدر الذي خسره فعلاً بسبب الإستحقاق. أما الفرق بين ما أنفق وبين الزيادة في القيمة فيعتبر أنه قد فقد قبل أن يقع الإستحقاق، إذا لم يكن قائماً في ذلك الحين.

إنّ هذا الإتجاه لا يمكن الأخذ به في ظل القانون اللبناني أيضاً، لأنه لا يتفق مع ما تقضي به المادة ٤٣٥ م و ع بصراحة بأنّ "على البائع أن يردّ أو يحمّل المستحقّ على ان يردّ جميع نفقات الترميمات والتحسينات التي أحدثها المشتري في المبيع".

كما أنه لا يتفق مع نصّ المادة ١٦٣٤ مدني فرنسي المقابلة. فالقول بأنّ النفقات لا تكون نافعة إلا في الحدود التي تؤدي فيها إلى الزيادة في القيمة غير مقبول وتفسير غير سليم لنصّ القانون الذي يلزم بردّ "جميع النفقات".^١

ج- المصروفات الكماليّة: أشار المشرع اللبناني إلى هذه المصروفات في المادة ٤٣٦ م و ع حيث نصّت على أنه "يجب على بائع مال الغير إذا كان سيء النية، أن يدفع إلى المشتري جميع ما صرفه على المبيع وإن يكن للكماليات والمستحقات" ويقابلها نصّ المادة ١٦٣٥ مدني فرنسي السابقة الذكر.

والمصروفات الكماليّة هي التي تتفق بقصد الزخرفة والزينة، كطلاء المنزل من الدّاخل أو من الخارج وهذه المصروفات لا يرجع بها المشتري على المستحقّ ولكن له أن ينزع ما إستحدثه بها على أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحقّة الإزالة^٢. إلا أنّ هذه المصروفات إذا لم يدفعها المستحقّ كلها أو لم يدفع جزء منها، فإنّ المشتري لا يستطيع أن يرجع بها على البائع إلا إذا كان سيء النية وفقاً لما جاء في نصّ المادة ٤٣٦ م و ع وفقاً لنصّ المادة ٤٤٣ الفقرة الثالثة لقانون المدني المصري السابق بيّانها.

من هنا يمكننا القول أن البائع ملزم بأن يدفع المصروفات الضرورية والنافعة بغض النظر عمّا إذا كان حسن او سيء النية أمّا المصروفات الكمالية فلا يُجبر على دفعها إلا إذا كان سيئ النية.

- مصاريف العقد ورسومه القانونية:

^١ Jean Limpens, "la vente en droit belge", ed 1960 , N° 309 p:143

مترجم منه للعربية

^٢ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص ١٧٥

نصّت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٣ م وع أن للمشتري أن يُطالب "بمصاريف العقد ورسومه القانونية" وهو عادةً ما يقوم بها، ويدخل فيها : مصاريف العقد، التمغة، السمسرة، التسجيل، مصاريف كاتب العدل، مصاريف تطهير الرهن إذا قام به المشتري.

إذاً، حق المشتري في إسترداد تلك المصاريف واضح، لأنه أقدم على القيام بها بُغية إكتساب ملكية المبيع، فإذا زالت عنه هذه الملكية بفعل يُعزّي إلى البائع، كان دفعها دون جدوى، لذا على البائع دفعها طالما أنّه مُلزم بالضمان.

السؤال الذي يُطرح : هل يلزم أن يكون المشتري حسن النية حتى يرجع بها ؟

الرأي السائد في الفقه الفرنسي - كما ذكرنا- أنه يلزم توافر حسن النية لدى المشتري لإستحقاق المبالغ الأخرى كمصاريف العقد ورسومه، وذلك لأن هذه المصاريف تدخل - طبقاً للرأي السائد - ضمن التعويضات بصفة عامّة، والتي تنصرف إلى المبالغ الأخرى غير الثمن. أما في القانون اللبناني فلا يستلزم حسن نية المشتري لتلك المبالغ على إعتبار أنّ إستحقاق المشتري لتلك المبالغ لا يدخل ضمن التعويضات (بدل العطل والضرر) التي تستلزم للمطالبة بها حسن نية المشتري.

وهذا ما يتّضح بصورة جليّة من خلال نصّ المادة ٤٣٣ م وع في فقرتها الأخيرة التي تستلزم حسن النية للمطالبة بالتعويضات فقط دون المطالبة بمصاريف العقد ورسومه.

- بدل العطل والضرر :

نصّت المادة ٤٣٣ م وع في الفقرة الرابعة منها على أنه : "للمشتري أن يُطالب ببديل العطل والضرر مع النّظر بعين الإعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الإقتضاء" وأضافت في الفقرة الأخيرة منها على أنّه "لا يحق للمشتري أن يُطالب ببديل العطل والضرر، إذا كان عالماً وقت البيع بخطر الإستحقاق".

يتبين لنا من خلال هذا النص، أنه يحقّ للمشتري المطالبه فضلاً عن عناصر التعويض التي ذكرناها سابقاً، ببديل العطل والضرر، فقد لا تكون المبالغ السابقة كافية لتغطية ما لحق به من أضرار بسبب إستحقاق المبيع، ولكنّ إستحقاق المشتري لبديل العطل والضرر يختلف بحسب الظروف ويخضع لتقدير القضاء.

ويلاحظ أن المشرع إستلزم لإستحقاق "بدل العطل والضرر" أن يكون المشتري غير عالم بخطر الإستحقاق وقت البيع، أمّا إذا علم بالإستحقاق بعد البيع فإنّ ذلك لا يمنعه من حقّ المطالبة بالعطل والضرر. وهذا يعني أنّه يجب أن يتوافر

حسن النية وقت البيع، ولا يهم بعد ذلك إذا ساءت نية المشتري في وقت لاحق، إذ يظل له الحق في الرجوع على البائع بالتعويض.

أما بالنسبة للبائع فلا يلزم للحكم عليه بالتعويض أن يكون سيء النية، فلا يهم حسن أو سوء نية البائع في هذا الصدد وإن كان لها أثرها في بعض الأحيان، من حيث مقدار المبالغ التي يلتزم بها.

أما المشرع المصري فقد نصّ في البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني مصري على "أن البائع يلتزم بوجه عامّ بتعويض المشتري عمّا لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب إستحقاق البيع".

فبالنسبة لحساب مبلغ العطل والضرر فإنّه يعادل تماماً الضرر الواقع فعلاً والربح الفائت عملاً بنصّ المادة ٢٦٠ م و ع. ولا يدخل في الإعتبار الضرر الاحتمالي قبل وقوعه، وتقدير ذلك يعود للقضاء، بدون أن يكون لحسن نية البائع أو سوءها أي أثر في هذا التقدير وما ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة القاضية بأن التعويض في المسؤولية التعاقدية يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب. ومثل ما لحق المشتري من خسارة: أن يكون وقت أن إشتري الدار قد إضطّر لمعاينتها فإنتقل إليها من بعيد برفقة البائع وتجنّم في ذلك مصروفات السفر، فهذه المصروفات تحملها المشتري كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الإستحقاق^١. وللمشتري أن يطلب تعويضه عمّا فاتته من كسب، وهذا يتحقق إذا كان إستحقاق المبيع قد أضع عليه فرصة كان يحقق من ورائها ربحاً أكيداً لو أنّه لم يتحوّل عنها بسبب إبرامه عقد البيع^٢.

ومثل ذلك: أن يكون الثمن الذي إشتري به الدار قد أعدّه لإستغلاله في ناحية تدرّ عليه ربحاً معيناً ثمّ تحول عنها إلى شراء الدار والبائع يعلم بذلك. فإستحقاق الدار قد فوّت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنيه لو أنه إستغلّ الثمن في الناحية التي فكّر فيها من قبل، فيرجع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الإستحقاق^٣. ويشمل الضرر الواقع الثمن المدفوع من قبل الشاري مضافاً إليه مصاريف دعوى الإستحقاق ودعوى الضمان. ويشمل الربح الفائت التحسين الطارئ على المبيع ويحدّد الربح الفائت على أساس التّخمين^٤، وقد تضاربت الآراء في تحديد

^١ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٨٣.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٤٠٠

^٣ عبد الرزاق السنهوري، المرجع أعلاه، ص ٦٨٣.

^٤ فؤاد ضاهر، "البيع في ضوء الاجتهاد"، جزء اول، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس-لبنان، ١٩٩٨، ص ٢٢٠، قرار رقم ٤٢١ تاريخ ١٩٦٣/١١/٢١، مجموعة حاتم، ج ٥٢، رقم ٢، ص ١٧.

تاريخ التخمين بين يوم إقامة دعوى الإستحقاق وبين تاريخ الحكم النهائي في هذه الدعوى. إلا أنّ الرأي السليم الذي أخذ به الإجتهد الحديث هو إعتداد تاريخ الحكم النهائي لأنه يتفق والمبادئ العامة التي يقوم عليها نظام المسؤولية التعاقدية ومبادئ العدالة التي تأبى أن يحدد التعويض قبل إستكمال عناصر الضرر بإبرام الحكم القاضي بإستحقاق المبيع للغير^١.

إذن، يجب على البائع أن يعرض المشتري عن كلّ الأضرار التي أصابته من جرّاء عدم تنفيذ العقد، والقواعد العامّة التي تطبّق في تحديد مقدار هذا التعويض الذي يستحقّه المشتري^٢.

وتضيف المادّة ٤٤٣/٤ م و ع: "مع النّظر بعين الإعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الإقتضاء". وهذا النصّ صريح في أنه عند تقدير التعويض يؤخذ بالحسبان "قيمة تحسين الملك". إلا أنّه ما هو المقصود بالتحسين؟ هل هو التحسين الذي يتم بفعل المشتري أم التحسين الناتج عن الأحوال الأقتصادية؟؟

إعتبر الفقه أن عبارة "مع النّظر بعين الإعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الإقتضاء" ليست إشارة إلى ما يقوم به المشتري من تحسينات لأن هذا يدخل ضمن نطاق المصروفات (التي تحدثنا عنها سابقاً). إنما تقتصر هذه العبارة على الزيادة التي تحصل تلقائياً في قيمة المبيع دون تدخل من جانب المشتري. وقد نصت المادّة ١٦٣٣ مدني فرنسي عنها بحيث قضت أنه "إذا حصلت زيادة في ثمن المبيع وقت الإستحقاق دون تدخل من جانب المشتري، إلّتم البائع بأن يؤدّي للمشتري قيمة ما زاد عن ثمن المبيع".

إذاً، عالج المشرع الفرنسي مسألة "الزيادة في القيمة" في نصّ مستقلّ، أما المشرع اللبناني فلم يعالجها في نصّ مستقلّ إنما عرض لها في مناسبة الكلام عن حقّ المشتري الذي حصل له التعرّض في المطالبة ببدل العطل والضرر^٣، حيث يوجب مراعاة ما قد يكون هنالك من تحسين في قيمة المبيع، وإدخال ذلك ضمن التعويض الواجب للمشتري.

وبذلك ينبغي أن يدخل في الإعتبار عند تقدير التعويض، ما يحصل من زيادة في قيمة المبيع، أيّاً كانت قيمة تلك الزيادة، حتى ولو لم تكن متوقّعة عند العقد، مادامت قد حصلت بعد البيع وإلى حين الإستحقاق. خلافاً للقاعدة العامة التي كرّستها المادّة ٢٦٢ م و ع بشأن نطاق التعويض في حالة المسؤولية العقدية، بأنه لا يشمل سوى الأضرار التي

^١ بدوي حنا، "موجات وعقود" "اجتهادات - نصوص وقوانين" الكتاب الأول، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت لبنان ١٩٩٩، ص ١٥٤.

^٢ زهدي يكن، مرجع سابق، ص ٣٢١.

^٣ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٥٠٢.

كانت متوقّعة عند إنشاء العقد ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً. أمّا هنا بالنسبة للزيادة في القيمة فالتعويض يشمل الزيادة سواء كانت متوقّعة أم غير متوقّعة عند العقد^١.

ومثال الزيادة في القيمة التي تحصل تلقائياً، كما لو ارتفعت الأسعار بالنسبة للمبيع إرتفاعاً طبيعياً، أو زادت قيمته لسبب آخر كما لو كان منزلاً وشق بجواره طريق واسع، أو أنشئت حديقة عامة فارتفعت قيمة المنازل، فمهما كانت أسباب هذا التحسين يتوجب على البائع التعويض عنه^٢. على إعتبار أنّه بإستحقاق المبيع حُرّم المشتري منه بقيمته المرتفعة، ولاشكّ أن في حرمانه إضراراً به بقدر ما زاد في قيمته، وأن تلك الزيادة كانت عائدة عليه بالضرورة، أما وقد حُرّم منها فيجب تعويضه عنها.

إذن، يعوّض المشتري عن الزيادة متوقّعة كانت أم غير متوقّعة وذلك بخلاف ماقرّره الاجتهاد إذ إعتبر أنه "يقتضي في حالة التحسين الرجوع إلى القواعد العامة والتفريق فيما إذا كان البائع حسن أو سيء النية، وإعتماد المادّة ٢٦٢ م و ع" و التعويض الذي يحقّ للمشتري عند نزع المبيع منه بدعوى الإستحقاق أن يُطالب به البائع، هو التعويض عن الضرر المباشر الذي لحق به والذي يُمكن تحسّبه في وقت العقد^٣.

الزيادة في القيمة التي ينبغي أن يعوّض عنها هي الزيادة الحاصلة بعد البيع وإلى حين الإستحقاق، لأنّه منذ الإستحقاق لا يعود للمشتري إكتساب الزيادة بل تعود هذه للمستحق^٤.

أما بالنسبة للإجتهاد اللبناني فقد إعتبر في عدة قرارات له: "أن المقصود بالتّحسين ما حصل بفعل المشتري لا التحسين الناتج عن الأحوال الإقتصادية " على إعتبار أنّ قانون الموجبات والعقود لا يتضمّن نصّاً خاصّاً بهذا المعنى خلافاً للقانون المدني الفرنسي الذي أوجب في المادّة ١٦٣٣ التعويض عن التّحسين بمعزل عن فعل الشّاري، فيقتضي في هذه الحالة الرجوع إلى القواعد العامّة والتفريق فيما إذا كان البائع حسن أو سيء النية وإعتماد المادّة ٢٦٢ م و ع

^١ علي مصبح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٢٨

^٢ موريس نخلة، مرجع سابق، ص ٢٠٧

^٣ اجتهاد لبناني، صادر عن الحاكم المنفرد المدني، قرار رقم ٢١٥ تاريخ ٢٢/١٢/١٩٥١-١٩٥٢، النشرة القضائية لسنة ١٩٤٥-١٩٧٤ -مشرورات زين، ص ٥٨٦.

^٤ علي مصبح إبراهيم، المرجع أعلاه، ص ١٢٨.

التي تنصّ على أنّ التعويض في حالة التعاقد قد لا يشمل سوى الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إنشاء العقد ما لم يكن المديون قد ارتكب خداعاً^١.

إلا أنّه قد سبق هذا القرار، قرار صادر عن محكمة لبنان الجنوبي الاستئنافية إعتبرت فيه: " أن الأضرار التي عنتها المادة ٤٣٣ م و ع تتناول الزيادة في المبيع مهما كان سبب هذه الزيادة سواء أكانت متأتية عن فعل المشتري أم ناتجة عن أي سبب آخر، لا سيما إذا كان البائع سيء النية"^٢.

وهذا يبين التناقض في الإجتهد لهذه الجهة، إلا أنّ محكمة توحيد الإجتهد إتمدت في قرار لها بشأن التحسين المتوجب للمشفوع منه على الشفيع النظرية التي تقضي بأن المقصود بالتحسين ما حصل بفعل المشتري لا التحسين الناتج عن الأحوال الإقتصادية^٣.

وقد إستبعد المشرع بنصّ صريح التعويض عن التحسين الإقتصادي في الشفعة بعد صدور القرار عن المحكمة الخاصة بتوحيد الإجتهد.

ومع وجود هذا التناقض فيما بين القرارات الصادرة عن المحاكم، وبروز التناقض الواضح بين الفقه والإجتهد أعتقد بأن من الأفضل الأخذ بما قال به الفقه لهذه الجهة وإعتبر أن التحسين المقصود بالمادة ٤٣٣ م و ع هو التحسين الناتج عن الأحوال الإقتصادية إنطلاقاً من أن المشرع أشار إلى التحسين الناتج عن فعل المشتري وذلك عندما ألزم البائع بتعويض المشتري عما أنفقه من مصاريف على المبيع والتي عالجت موضوعها فيما سبق.

الفرع الثاني: الإستحقاق الجزئي

^١ الحاكم المنفرد المدني في المتن قرار رقم ٨١١ تاريخ ١٢/٢٢/١٩٥١، مجموعة حاتم ج ١٣ ص ٢١.

^٢ محكمة لبنان الجنوبي الإستئنافية، قرار صادر بتاريخ ١٢/١/١٩٥٠، المجلة القضائية السنة ٣١ عدد تشرين الثاني سنة ١٩٥١، ص ٤٥٧.

^٣ قرار محكمة توحيد الاجتهد في ٧ تموز ١٩٤٥، النشرة القضائية سنة ١٩٤٥، ص ٥٣.

عالج المشرع حالة الإستحقاق الجزئي في المواد ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ من قانون الموجبات والعقود. فقد نصّت المادة ٤٣٧ م و ع على أنه: "إذا لم يُنزع من المشتري إلا جزء من المبيع وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المجموع كبير الشأن إلى حدّ أن المشتري لولا وجوده لإمتنع عن الشراء، حق له أن يفسخ العقد".

أما المادة ٤٣٨ م و ع فقد نصّت أنه: "إذا لم يفسخ البيع في حالة إستحقاق جزء من المبيع فالبايع يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع بدل العطل والضرر عند الإقتضاء". أما المادة ٤٣٩ م و ع تعرّضت للحالة التي يوجد فيها على المبيع حقوق عينية قد نصّت على أنه: "إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يُصرح عنها وكانت كبيرة الشأن إلى حدّ يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما إشتري، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الإكتفاء بأخذ العوض". ويُقابل هذه المواد في القانون المدني الفرنسي المواد ١٦٣٦ و ١٩٣٧ و ١٦٣٨ مدني فرنسي.

Art.1636: "Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose , et qu'elle soit de telle conesquence , relativement au tout , que l'acquerneur n'eut point acheté sans la partie don't il a ete évince il peut faire résilier la vente".

Art:1637:"Si, dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu , la vente n'est pas résiliée , la valeur de la partie don't l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'estimation a' l'époque de l'éviction, et non proportionnellement ay prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmente" ou diminué de valeur".

Art.1638: "Si l'héritage vendu se trouve grevé , sans qu'il en ait été fait de déclaration de servitudes non apparentes, et qu'elles soinet de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté si'l en avait été instruit , il peut demander la résiliation du contat , si mieux il n'aime se contener d'une indemnité"

أما القانون المصري فقد نصّ على هذه الحالة في المادة ٤٤٤ منه ونصها هو الآتي: "١- إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلاً بتكاليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرًا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يُطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في المادة السابقة، على أن يردّ له المبيع وما أفاده منه.

٢- فإذا إختار المشتري إستبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يُطالب بالتعويض عمّا أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق".

يبدو لنا من خلال مراجعة المواد ٤٣٧ و ٤٣٨ و ٤٣٩ م و ع أن المشرع يقصد إعتبار حالة ظهور حقوق عينية غير ظاهرة على المبيع من ضمن حالات الإستحقاق الجزئي بحسب وضع المادة ٤٣٩ م و ع من النصيين السابقين اللذين

عرّضا لأحكام الإستحقاق الجزئي. في حين أن المشرع المصري تعرّض لحالة إستحقاق جزء من المبيع أو ظهور تكليف على المبيع في نصّ واحد في المادّة ٤٤٤ م.م.

بالرغم من وجود هاتين الحالتين أي (حالة استحقاق جزء من المبيع، وحالة ظهور حقوق عينية غير ظاهرة على المبيع) في نصّين مستقلّين. إلا أنه من المتفق عليه أن حالة ظهور حقوق عينية غير ظاهرة على المبيع تدخل ضمن حالات الإستحقاق الجزئي، على أساس أنها تنقص من قيمة المبيع ولم يكن المشتري يتوقع ذلك عند العقد.

لهذا طبّق القانون بالنسبة لحالة ظهور حقوق عينية على المبيع أحكاماً مشابهة لما أورده بالنسبة لإستحقاق جزء من المبيع، وجعل البائع مسؤولاً أمام المشتري متى توافرت شروط معينة. ولا شك في أن هذا الحكم الذي ورد بشأن حقوق الإرتفاق يسري بالنسبة لسائر الأعباء التي توجد على المبيع، متى توافرت شروط الضمان بالنسبة لها^١.

ما هو المقصود بالإستحقاق الجزئي؟؟

الإستحقاق الجزئي هو فقد المشتري جزءاً من المبيع، سواءً كان جزءاً مفرزاً أم جزءاً شائعاً فيه^٢. ويكون الإستحقاق جزئياً بثبوت تكليف على العين من شأنه أن ينقص من قيمتها، كظهور حقّ إنتفاع أو حقّ حكر على المبيع أو إرتفاق غير ظاهر أو لم يكشف عنه البائع للمشتري، أو وجود عقد إيجار نافذ في مواجهته، أو يتبين للمشتري عدم وجود إرتفاق لصالح المبيع أكد البائع وجوده^٣.

و يبدو من خلال النصوص القانونية أن هناك حالتين من الإستحقاق الجزئي: فقد يكون الإستحقاق الجزئي جسيماً، وقد يكون غير جسيم. فالإستحقاق الجزئي الجسيم هو ما أعلنت عنه المادّة ٤٣٧ م و ع بنصها إنه الإستحقاق الذي بلغ حداً لو علم به المشتري وقت العقد لامتنع عنه ولما اقدم على الشراء^٤.

ومثاله: إذا اشترى شخص محلاً تجارياً ثم تبين أن البائع قد أفقد المحل بأعماله جانباً كبيراً من عملائه^٥.

^١ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

^٢ سمير عاليه، مرجع سابق، ص ٧١.

^٣ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٤١.

^٤ زهدي يكن، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

^٥ أنور سلطان و جلال العدوي، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

مثال آخر: أن يشتري شخص قطعة أرض بهدف إنشاء وصنع عليها فإذا استحق جزء منها بحيث أصبح الجزء الباقي منها غير كافٍ لإنشائه بحيث لو علم بذلك وقت البيع لما اشتري، كان هذا الإستحقاق الجزئي جسيماً، بصرف النظر عن مقدار الجزء الذي استحق.

أما الإستحقاق الجزئي غير الجسيم أو اليسير، فهو الذي لا يبلغ قدرًا من الجسامة بحيث لو كان المشتري قد علمه وقت البيع لكان قد استمر في التعاقد^١. مثال: أن يكون أعمال بائع المحل التجاري أقل من أن تؤثر على عملاء المحل وتحولهم عنه^٢.

إن تحديد ما إذا كان الإستحقاق الجزئي جسيماً أم غير جسيم يرجع منه إلى قصد المشتري، فالمعيار هنا معيار شخصي أو ذاتي. أي أن معيار جسامة الإستحقاق الجزئي يدرس من زاوية المشتري ويعود للقضاء تقديره بالنظر إلى القضية المعروضة والغرض المقصود من الشراء والغاية المستهدفة من وراء استعمال المبيع^٣. مثلاً: لو اشتري إنسان قطعة أرض لإقامة مصنع عليها بحيث لو اجتزئ منها أصبح غير وافٍ للغرض الذي من أجله اشترت الأرض. أما لو اشترت أرض لتقسيمها أجزاء وإقامة أبنية عليها لأجل بيعها بعد ذلك فقد لا يعتبر إجتزاء قسم منها جسيماً بحيث يفوت على المشتري غايته المبتغاة^٤.

إن تحديد مدى جسامة الإستحقاق الجزئي أو عدم جسامته مسألة موضوعية تخضع لمطلق تقدير قاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة على حدا دون رقابة من محكمة النقض.

إلا أن الإستحقاق الجزئي قد يثير صعوبة خاصّة لأته يمكن أن يصل إلى حدّ فسخ العقد، هذا ما أشارت إليه المادّة ٤٣٧ م و ع بحيث نصّت على أنه: "إذا كان الجزء كبير الشأن وأن المشتري لم يكن قد أقدم على الشراء دون هذا الجزء فيصبح فسخ العقد جائزاً"^٥. وهذا ما تقضي به المادّة ١٦٣٦ مدني فرنسي بأن الشاري بإمكانه الادّعاء بذلك ما دام أنه "لم يكن يشتري على الإطلاق بدون الجزء الذي جرى نزع اليد عنه"^٦.

^١ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

^٢ أنور سلطان و جلال العدوي، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

^٣ مروان كركبي، مرجع سابق، ص ١٤٦.

^٤ علي مصبح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٠.

^٥ موريس نخلة، مرجع سابق، ص ٢١٠.

^٦ جيروم هوييه، مرجع سابق، ص ٢٦١.

ومع ذلك إذا كان فسخ العقد جائزاً فإن لقاضي الأساس التقدير على ضوء الوقائع فيما إذا كان المشتري على حق في طلب الفسخ خصوصاً إذا كان محرز الشيء قد منح بعض الحقوق عليه لأشخاص ثالثين وأن إبطال العقد سيخلق إشكالات في مصالح متعددة. إذاً، يكون لقاضي الأساس البت في إمكانية فسخ العقد أو عدم فسخه تبعاً لما يوجد لديه من معطيات ووقائع.

وقد فرّق القانون، في حالتي الإستحقاق الجزئي وظهور حقوق أو أعباء على المبيع بين ما إذا طلب المشتري فسخ البيع وحكم له به وبين ما إذا ظلّ العقد قائماً.

* حالة فسخ البيع : إذا استحق جزء من المبيع، أو تبين للمشتري وجود "حقوق عينية غير ظاهرة ولم يصرح بها"، (المقصود بهذه الحقوق طبقاً للنصّ الفرنسي حقوق الإرتفاق)، أو أعباء، وكان الجزء المستحق أو الحقوق والأعباء من الجسامة إلى حدّ يمكن معه القول أن المشتري لو علم بذلك لما اشترى، كان له أن يطلب فسخ العقد (Résoletin). هنا يتّرك للمحاكم سلطة تقدير ما إذا كان ما حصل فيه التعرّض يعدّ كبير الشأن، وتقدير مدى أهميّة الحقوق التي تظهر على المبيع وما إذا كانت كبيرة الشأن، بحيث يمكن تقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى عندها يحكم بالفسخ.

هذا يعني أنه ليس من اللازم أن يُجاب المشتري دائماً إلى طلب الفسخ، سواء بسبب الإستحقاق الجزئي أم بسبب ظهور حقوق إرتفاق أو أعباء (charges) على المبيع. وهذا يُستفاد من نصّ المادة ٤٣٧ م و ع الذي نصّت على أنه : "إذا كان الجزء الذي نزع من المشتري كبير الشأن حقّ له أن يفسخ العقد " مما يعني أنّه إذا لم يكن الجزء المنزوع كبير الشأن لا يستطيع المشتري أن يطلب الفسخ.

إلا أنّه، إذا حُكم بالفسخ، اعتبر البيع كأنه لم يكن، وعندها نكون أمام حالة مماثلة لحالة الإستحقاق الكليّ، مع مراعاة أن المشتري في هذه الحالة يلتزم أن يردّ ما تبقى من المبيع عندما يُستحق جزء منه، كما يلتزم بردّ المبيع الذي ظهرت عليه حقوق مستترة لم يكن مُصرحاً بها. أما البائع فيلتزم بنفس ما يلتزم به في حالة الإستحقاق الكليّ للمبيع فيرد الثمن والمبالغ الأخرى.

أمّا في حالة القانون المصري، لا يكون للمشتري في حالة إستحقاق جزء من المبيع أن يُطالب بفسخ البيع إنما يكون له فقط أن يردّ المبيع وما أفاده منه ويُطالب بالتعويضات والمبالغ المقررة في الإستحقاق الكليّ. هذا ما يتّضح من خلال الفقرة الأولى من المادة ٤٤٤ مدني مصري.

* حالة الإبقاء على العقد (عدم الفسخ) : نصّت المادة ٤٣٨ م و ع على أنه : "إذا لم يفسخ البيع في حالة إستحقاق جزء من المبيع فالبائع يردّ إلى المشتري قيمة الجزء المستحقّ بالنسبة إلى مجموع الثمن مع بدل العطل والضرر عند الإقتضاء".

إذا لم يُحكم بفسخ البيع، بأن تبين للقاضي أن ما حصل فيه الإستحقاق لم يكن من الجسامة إلى الحدّ الذي صوّره المشتري، أو أن حقوق الإرتفاق أو الأعباء لم تكن من الجسامة بحيث لم يكن لها أثر واضح، وإذا لم يطلب المشتري فسخ البيع. فإن التساؤل يثور حول عمّا يكون للمشتري الرجوع به؟.

لا بدّ من التفريق في هذا الصدد بين حالة ظهور حقوق أو أعباء على المبيع وبين حالة الإستحقاق الجزئي. ففي الحالة الأولى : حالة ظهور حقوق أو أعباء على المبيع، فإن المادة ٤٣٩ م و ع تقضي بأنّه إذا لم ير المشتري الفسخ فإن له الحقّ في التعويض، ولم يحدد النصّ هذا التعويض. فيقتضي القول أنّه يجب أن يكون معادلاً لقيمة ما سببه المشتري وجود الأعباء من ضررٍ أي ما نقص من قيمة المبيع بسبب ظهور تلك الأعباء^١. فتقدّر قيمة المبيع بما ظهر عليه من حقوق أو أعباء ويحصل المشتري من البائع على الفرق بين القيمتين.

- الحالة الثانية : حالة إستحقاق جزء من المبيع، فإذا كان هذا الجزء الذي استحقّ لا يؤثر على ماهية العقد أي أنه لم يكن كبير الشأن ولم يطلب المشتري فسخ العقد فإن تحديد التعويض يجري بصورةٍ خاصّة. فالمشتري في مثل هذه الحالة يتلقّى تعويضاً محسوباً على الخسارة الواقعية التي أحدثها الإستحقاق الجزئي فيطالب البائع بتعويض قيمة الجزء المستحقّ بالنسبة إلى مجموع الثمن مع بدل العطل والضرر عند الإقتضاء^٢. وهذا ما نصّت عليه المادة ٤٣٨ م و ع. وفي هذا المجال إتخذ القانون اللبناني حلاً خالف فيه القانون الفرنسي بحيث ألزمت المادة ٤٣٨ م و ع البائع بأن يردّ للمشتري في حالة إستحقاق جزء من المبيع قيمة الجزء المستحقّ بالنسبة إلى مجموع الثمن مع بدل العطل والضرر عند الإقتضاء. في حين نجد أن المادة ١٦٣٧ مدني فرنسي تقضي بأنّه إذا لم يفسخ البيع في حالة إستحقاق جزء من المبيع، يردّ للمشتري قيمة الجزء الذي حصل فيه الإستحقاق مقدّرة وقت الإستحقاق، وليست قيمة الجزء بالنسبة إلى مجموع الثمن الذي تمّ به البيع (كما فعل المشرع اللبناني)، إنما ترد قيمة الجزء الذي حصل فيه الإستحقاق مقدّرة وقت

^١ علي مصبح إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣١.

^٢ موريس نخلة، مرجع سابق، ص ٢١١.

الإستحقاق سواءً زادت قيمة المبيع أم نقصت عن وقت البيع. وفي هذه الحالة يكون النّفع لصالح الشّاري إذا زادت قيمة المبيع منذ العقد، أو لصالح البائع في الحالة المعاكسة^١ أي إذا نقصت قيمة المبيع.

إن حكم المادّة ١٦٣٧ مدني فرنسي يقوم على أساس أن المشتري يجب أن يعوّض طبقاً للخسارة الفعلية التي حاقت به بسبب إستحقاق جزء من المبيع. ولهذا فإنّ له أن يطلب تعويضاً معادلاً لما نقص في قيمة الشيء، مقدراً طبقاً لهذه القيمة وقت الإستحقاق. فإذا كانت قيمة المبيع قد زادت عند الإستحقاق استناد المشتري من هذه الزيادة، وإذا نقصت أُضّرّ من هذا النقص إذ لا يحصل إلا على قيمة الجزء الذي حصل فيه الإستحقاق مقدّرة من هذا الوقت.

وبهذا الحكم يكون المشرع الفرنسي قد خالف الحكم الذي أخذ به في حالة الإستحقاق الكلّي، إذ طبقاً للمادّة ١٦٣١ م.ف - المتعلقة بالإستحقاق الكلّي - يلتزم البائع بردّ الثمن كاملاً، حتى لو كان المبيع قد نقص أو تعيب بشكل واضح عند الإستحقاق، والدعوى التي منحت للمشتري في هذا المجال هي دعوى إسترداد للثمن الذي يعتبر أنّه أصبح بيد البائع بدون سبب.

وقف الفقه الفرنسي في جملة حائراً حول تفسير هذه التفرقة بين حالة الإستحقاق الكلي وحالة الإستحقاق الجزئي. وحاول البعض منهم تعميم حكم المادّة ١٦٣١ م.ف لأنها أكثر منطقاً من الوضع القائم في المادّة ١٦٣٧ م.ف. كما حاول البعض الآخر قصر نطاق المادّة ١٦٣٧ م.ف على حالة إستحقاق جزء مفرز فقط، وحالة الأعباء التي لم يصرح بها. أما في حالة إستحقاق جزء شائع، فإنهم يرون أعمال الأحكام المتعلقة بالإستحقاق الكلّي. ومع ذلك، فإن الفقه الفرنسي رغم تسليمه بوجاهة هذا الرأي إلا أنّه يعتبره مخالفاً للنصوص التي جاءت عامّة لا تفرق بين الحالات المختلفة للإستحقاق الجزئي^٢.

هكذا يكون المشرع اللبناني قد تلافى النقد الذي وجّهه الفقه الفرنسي لنص المادّة ١٦٣٧ م.ف، وأخذ بالرأي الذي أيّده غالبية الفقهاء الفرنسيين من الإعتداد بقيمة الجزء الذي حصل فيه الإستحقاق بالنسبة إلى مجموع الثمن، لا بالنسبة إلى قيمة المبيع وقت الإستحقاق.

وهذا ما نصّت عليه المادّة ٤٣٨ م و ع السالفة الذّكر. وبهذا يكون نصّ المادّة ٤٣٨ م و ع يتّفق مع كون دعوى الضّمان دعوى إسترداد للثمن لا دعوى تفويضية، ومع الأساس الذي تقوم عليه دعوى الضّمان، والتعويض المشار إليه

^١ جبروم هوبيه، مرجع سابق، ص ٢٦١.

^٢ توفيق فرج، مرجع سابق، ص ٤٢٤ و ٤٢٥.

في هذه المادة من شأنه أن يعرض المشتري عن كل ضرر أصابه من جراء فعل البائع الذي جرّ الخسارة على المشتري إلى جانب إسترداد الثمن^١.

إذن، في هذا المجال يكون المشرع اللبناني قد راعى في وضع أحكام الضمان التسلسل المنطقي وعدم التناقض بين النصوص القانونية، والأساس الذي تقوم عليه دعوى الضمان في ظلّ القانون اللبناني، وبكونها دعوى إسترداد للثمن لا دعوى تفويضية، ولم يهجم ما أخذ به المشرع الفرنسي لهذه الجهة متلافياً النقد الذي وجّه له، وإختلف أيضاً مع المشرع المصري الذي أعطى للمشتري في هذه الحالة فقط المطالبة بالتعويض، ويكون هذا التعويض طبقاً للقواعد العامة بينما القانون اللبناني أعطى المشتري الحق في أن يستردّ قيمة الجزء المستحقّ بالنسبة إلى مجموع الثمن مع بدل العطل والضرر عند الإقتضاء.

أما بخصوص الأعباء أو الحقوق التي تقع على المبيع فقد نصّت المادة ٤٣٩ م و ع على أنه : "إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة ولم يصرّح بها وكانت كبيرة الشأن إلى حدّ يمكن معه التقدير أن المشتري لو علم بها لما اشتري، حقّ له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الإكتفاء بأخذ العوض". ويُقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة ١٦٣٨ م.ف السالفة الذكر.

يلاحظ الفرق بين النصّ الفرنسي الأصلي ١٦٣٨ م.ف الذي أشار إلى الأعباء على العقار المبيع :

"Si l'héritage vendu se trouve grevé , sans qu'il en ait été fait declaration de servitudes non apparentes"

وبين المادة ٤٣٩ م و ع حيث ورد فيها "إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة ولم يصرّح بها...".

فمن جهة، نجد أن النصّ العربي للمادة ٤٣٩ م و ع الذي هو ترجمة لنصّ المادة ١٦٣٨ م.ف ، أطلق عبارة "المبيع" في حين أن النصّ الفرنسي خصّص "العقار" ومن جهة أخرى، النصّ العربي أشار إلى الحقوق العينية كأعباء في حين أن النصّ الفرنسي إقتصر على الإشارة إلى حقوق الارتفاق.

وكما يبدو أن كلا النصين لم يذكر الأعباء الشخصية. إلا أنه، لا بد من الإشارة إلى أن التعويض عن إستحقاق الأعباء لا يمكن أن يقتصر لا على العقار المبيع ولا على حقوق الارتفاق كأعباء أو الحقوق العينية بصورة عامة. إنطلاقاً من أنّ نصّ المادة ٤٢٩ م و ع نصّ بصورة مبدئية وعمّة على ضمان البائع للأعباء المزعومة على الشيء المبيع والتي لم يصرّح بها وقت البيع دون أن يحدد ما إذا كانت هذه الأعباء عينية أم شخصية. الأمر الذي يدعو إلى

^١ علي مصبح ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٣١.

القول أن ضمان البائع يشمل كافة الأعباء الشخصية والعينية لأنه، لا يمكن أن تكون المادة ٤٣٩ م و ع جاءت متناقضة مع مضمون المادة ٤٢٩ م و ع. كما أنه ليس ما يمنع من أن تطبق المادة ٤٣٩ م و ع إستناداً إلى ما نصّت عليه المادة ٤٢٩ م و ع وإلى المبادئ العامة التي يؤسس عليها التعويض بدلاً من التنفيذ العيني الموجب ، كما أن المادة ٤٣٩ م و ع جاءت تكريساً وتطبيقاً لمضمون المادتين ٤٣٧ و ٤٣٨ م و ع المتعلقةين بالتعويض عن الإستحقاق الجزئي. ذلك أن العبء أو التكاليف ينقّص من قيمة المبيع ويؤدّي إلى تجزئة كيانه وينال قسماً من قوامه كما يؤدي إلى ذلك الإستحقاق الجزئي فيمكن والحالة هذه تطبيق أحكام الإستحقاق الجزئي على الحالات التي يوجد عبء على المبيع وفاقاً لما مرّ بيانه بشأن التعويض عن الإستحقاق الجزئي.

ولكن لا بدّ لنا من أن نتوقّف عند حقوق الإرتفاق التي يضمنها البائع لأنّ الأمر يستدعي بعض التوضيح. حيث خصّت بعض القوانين العربية حقّ الإرتفاق بنصوص خاصة بحيث قضت المادة ٢/٤٤٥ مدني مصري بأنّه : "يفترض في حقّ الإرتفاق أن البائع قد إشتراط عدم الضمان، إذا كان الحقّ ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري". الأصل، إذاً أن البائع لا يضمن الإرتفاقات الظاهرة. والإرتفاق الظاهر هو الذي تدلّ عليه علامة مادية ظاهرة، سواءً وُجدت هذه العلامة في العقار المرتفق به أو في العقار المرتفق، كحقّ المرور على الأرض المبيعة أو حقّ المجرى حقّ المطلّ للجار عليها.

أما إذا كان الإرتفاق غير ظاهر، كالإرتفاق بعدم البناء أو بعدم التعلية، فيضمنه البائع ما لم يكن قد أبان عنه للمشتري وقت البيع. أما إذا جرى تسجيل حقّ الإرتفاق غير الظاهر على الصحيفة العينية في السجل العقاري، فهذا التسجيل يقوم مقام إعلام البائع بوجوده، وبالتالي يرتفع موجب الضمان عنه، ولو لم يعلم به المشتري علماً حقيقياً، لأنّه إذا اطلع على قيود السجل العقاري، ومن حقّه أن يطلع ولا يستطيع التذرع بأنه لم يطلع، على أن يكون الإرتفاق مسجلاً قبل البيع لا بعده^١.

وفي قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية اعتبرت فيه : "بما أن التخطيط غير المصدّق وغير المدوّن بالتالي على صحيفة العقار العينية ليس من شأنه أن يحدّ من حقوق الشاري في التصرف والإنتفاع بالعقار، فلا يُشكّل حقاً عينياً عليه ولا عبئاً بصورة عامة ولا خطراً أكيداً بنزع الملكية (ولو لقاء بدل) ولا يوجب بالتالي الضمان"^٢.

^١ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

^٢ موريس نخلة ، مرجع سابق، ص ٢١٣.

إذن، على البائع أن يُعلم المشتري بوجود إرتفاقات مخفية (غير ظاهرة)، وعن مختلف الإرتفاقات والأعباء التي تنقل الملكية وذلك تحفظاً من دعوى الضمان^١.

وفي هذا السياق، إعتبر الإجتهد الفرنسي في قرار له عام ١٩٦٣ جاء فيه: "أنه من المعلوم أن الإرتفاقات الشرعية المساقاة من النظام العادي للملكية تعتبر معروفة ولا تحتاج للإعلان عنها مثل إرتفاق المرور وإرتفاق الحصرية "enclave".

وفي قرار آخر صادر عام ١٩٦٠ إعتبر: " أن الإرتفاقات الناتجة بتاريخ البيع لا تعتبر معروفة من المشتري إلا إذا كانت النتيجة العادية لطبيعة أوضاع البناية" وفي قرار عام ١٩٧٤ جاء فيه: " أنه إذا أثبت البائع بصورة الغش بأنه لم ينشئ على العقار أي إرتفاق وأنه لا يوجد حسب علمه أي إرتفاق فيكون قد إرتكب خداعاً تعاقدياً يوجب عليه التعويض. وإذا تحمّل المشتري عدة سنوات ممارسة إرتفاق المرور دون أن يدعي بذلك فلا يُشكل هذا إقراراً ضمني بمعرفة الإرتفاق"^٢.

وكما تبين لنا من خلال النصوص القانونية التي أوردناها سابقاً، أن ضمان الأعباء الموجودة على المبيع لا ينصرف فقط إلى حقوق الإرتفاق بل إلى جميع الحقوق العينية والشخصية التي يمكن أن يُدلى بها تجاه المشتري. ويتوجب على البائع إخطار المشتري بها وإلا لزمه الضمان.

المبحث الثالث : الإرتفاق على تعديل أحكام الضمان

تكلمنا في الفصل الأول من هذا القسم عن إمكانية تعديل أحكام الضمان عندما يكون التعرض صادراً من البائع، وعرضنا الأحكام والنصوص المتعلقة بذلك.

إلا أننا ومن خلال هذا المبحث سنتعرض لإمكانية تعديل أحكام الضمان عندما يكون التعرض صادراً من الغير فهل يمكن للمتعاقدين بموجب عقد البيع أن يزدوا أو ينقصوا بموجب ضمان البائع؟ وهل يمكن أن يعفى من هذا الضمان؟. لذا، سنحصر البحث هنا في المواد ٤٣٠ و ٤٣٢ و ٤٣٩ م و ع، على إعتبار أنها المواد المتعلقة بتعديل أحكام الضمان فيما يتعلّق بالتعرض الصادر من الغير، وفي أن الضمان هنا قد يتعلّق بحقوق الإرتفاق التي قد تظهر على المبيع.

^١ تمييز مدني لبناني، الغرفة الرابعة المدنية قرار رقم ٣ تاريخ ٢٨/٠٤/١٩٨٧، دعوى أبي حنا / الحاج، باز ١٩٨٧، ص ٢٥٣.

^٢ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

لذا، سيُخصّص هذا المبحث للتحدّث عن إمكانية الإتفاق على تعديل أحكام الضمان إما بالزيادة أو الإنقاص في (فرع أول)، وعن إمكانية الإتفاق على إسقاطه في (فرع ثانٍ).

الفرع الأول : الإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان

نصّت المادة ٤٣٠ م و ع على أنه : "يحقّ للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاصّ أن يزيدوا أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني، كما يحقّ لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما ". ويُقابل هذه المادة المادة ١/٤٤٥ من القانون المدني المصري بحيث نصّت على أنه : "يجوز للمتعاقدين بإتفاق خاصّ أن يزيدا ضمان الإستحقاق أو ينقصا منه، أو أن يسقطا هذا الضمان". وهذا أيضاً ما نصّت عليه المادة ١٦٢٧ مدني فرنسي.

ومعنى هذا، أن ضمان التعرّض للمبيع ليس من النظام العام ولا هو من جوهر عقد البيع وإن كان متلازماً معه، وبالتالي فإنّه يعود للمتعاقدين الإتفاق على تعديل أحكامه بشرط أن يكون هذا الإتفاق واضحاً فيما انصرفت إليه إرادة الطرفين. وما دام أن مثل هذا الإتفاق قد يؤدي إلى التنازل عن الحق أو إسقاطه كلياً أو جزئياً فإنّه يقتضي وفقاً للمبادئ العامة عدم التوسّع في تفسير العبارات التي تنم عن هذا الإتفاق، بحيث يجب أن تُفسر تفسيراً ضيقاً طبقاً للقواعد العامّة.

- الإتفاق على زيادة الضمان :

لا يقع كثيراً من الناحية العمليّة، لأن القواعد العامّة في أحكام الضمان، تضمن عادةً للمشتري كل تعرّض من الغير وتكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي يخوّله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال^١. إلا أنّ ذلك لا يمنع المشتري من إتخاذ احتياطات شديدة، فيشترط أعمالاً ليست داخلية أصلاً في الأحكام العامّة للضمان. ومثل ذلك : أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له نزع ملكية المبيع بعد البيع بفعل الإستملاك للمنفعة العامّة، مع أن هذا السبب من فعل السلطان وليس كامناً في المبيع قبل عقد البيع أو وقت حصوله، كما أن هذا السبب ليس ناشئاً عن فعل البائع، فنزع الملكية للمنفعة العامّة بعد البيع لا يدخل أصلاً في الأعمال التي يضمنها البائع وفقاً للأحكام العامة في الضمان، ومع ذلك زاد المشتري ضمان البائع بمثل هذا الإتفاق^٢.

^١ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٩٧.

^٢ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

مثل آخر : أن يشترط المشتري على البائع بأن يكون له في حالة الإستحقاق الجزئي طلب فسخ المبيع عندما لا يكون الجزء المستحق بالنسبة إلى المجموع كبير الشأن إلى حد أن المشتري كان امتنع عن الشراء بدونه، كما يصح الإتفاق على أن للمشتري الرجوع بالضمان على البائع في حالة ظهور رهن مقيد على المبيع ولو لم يتعرّض له الدائن المرتهن^١.

وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ولكنه يعدل بشروطها بما يترتب عليه زيادة الضمان، كأن يشترط الرجوع على البائع بجميع المصاريف الكمالية ولو كان البائع حسن النية. فالأصل، أن المشتري لا يرجع على البائع بالمصاريف الكمالية إلا إذا كان سيء النية.

أو أن يتفق على ضمان البائع للتعرض المادي الصادر من الغير، وكذلك إذا اتفق المشتري مع البائع على زيادة قيمة التعويض الذي يستحقه المشتري بالإستناد إلى أحكام القانون^٢.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن الإتفاق على زيادة الضمان لا ينتج أثره إلا إذا ورد بعبارة واضحة ومحددة معبرة عن إرادة المتعاقدين في إضافة أمور جديدة يضمنها البائع، وأن توضح على وجه الدقة الأفعال التي يلتزم البائع بضمانها ولم يكن في الأصل وطبقاً للقواعد العامة ملزماً بها.

ويجب أن يُراعى أن شرط زيادة الضمان بإعتباره خروجاً على القواعد العامة في الضمان، يجب أن يفسر لمصلحة البائع بإعتباره الطرف المدين، وذلك وفقاً لما تقضي به القواعد العامة في تفسير العقود. فإذا ورد الشرط بعبارة غامضة تثير الشكّ حول ما إذا كان المقصود به مجرد ترديد للقواعد العامة أم زيادة في ضمان البائع، يجب تفسيره على أنه ترديد للقواعد العامة دون زيادة في إلزام البائع بالضمان كما حدده القانون.

- الإتفاق على إنقاص الضمان:

إذا كان يحقّ للمتعاقدين الإتفاق على زيادة الضمان، فإن القانون سمح لهم أيضاً بالإتفاق على إنقاص ضمان البائع بموجب نصّ المادة ٤٣٠ م و ع، إلا أنه إذا كان الإتفاق على زيادة الضمان أمر نادر الوقوع عملياً إلا أن الإتفاق على إنقاصه ينتشر بشكل كبير في الحياة العملية ويرجع السبب في ذلك إلى إنتشار إستعمال عقود الإذعان، وإنفراد

^١ رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٣١٨.

^٢ علي مصبح ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٣.

البائع بوضع شروط العقد دون مناقشة الشاري، وسعيه دوماً إلى تحقيق مصلحته ولو على حساب مصلحة المشتري فيضمن عقد البيع شروط تحدّ من مسؤوليته.

يخضع شرط إنقاص الضمان إلى القواعد العامة في تفسيره، بحيث يفسر لمصلحة الضعيف في العقد. هذا ويتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى اعتبار الإتفاق على إنقاص الضمان باطلاً إذا كان البائع مهنيّاً أو محترفاً، وذلك أثراً باعتبارات حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية.

إلا أنه، يجب أن يكون الإتفاق على إنقاص الضمان واضحاً في دلالته على اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنقاص الضمان. وقد يرد هذا الإتفاق إما على الأعمال الموجبة للضمان، وكأن يشترط البائع على المشتري لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق إرتفاق خفية لا يعلم بها البائع، أو عدم ضمان حقوق إرتفاق للمبيع إذا ظهر أنها غير موجودة أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الإستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع^١. وإما أن يرد الإتفاق على مقدار التعويض الذي يستحقّه المشتري عند استحقاق المبيع كلياً أو جزئياً، وكأن يتم الإتفاق على إلزام البائع في حالة الإستحقاق الكلي برد الثمن دون المبالغ الأخرى المنصوص عنها في المادة ٤٣٣ م و ع. أو أن يشترط البائع على ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يستردها المشتري من المستحق كاملةً.

وقد نصّ القانون المصري في المادة ٤٤٥ م.م في فقرتها الثالثة أنه: "يقع باطلاً كل شرط يُسقط الضمان أو يُنقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق أجنبي". ويعني ذلك، أنه إذا كان على المبيع، حق للغير ويعلم البائع بوجوده وكتمه عن المشتري، وبالرغم من ذلك إشتراط إنقاص الضمان، فإنه بذلك يكون قد ارتكب غشاً، وبالتالي يعتبر هذا الشرط باطلاً. وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة، بحيث لا يجوز إشتراط عدم المسؤولية عن الغش، وكل شرط يقضي بذلك يكون باطلاً. أما إذا كان البائع غير عالم بوجود حق للغير على المبيع، فيكون الشرط بإنقاص الضمان صحيحاً.

المشرّع اللبناني لم يشر صراحةً إلى هذه المسألة في النصوص المتعلقة بعقد البيع كما فعل المشرّع المصري، إلا أنه يمكن أن يُستفاد من القواعد العامة التي لا تتعارض مع أحكام البيع. فالمادة ١٣٨ م و ع تنصّ صراحةً على أنه: "ما من أحد يستطيع أن يبriء نفسه كلياً أو جزئياً من نتائج غشه أو خطئه الفادح بوضعه بنداً ينفي عنه التبعة أو يُخفف من وطأتها وكل بند يدرج لهذا الغرض يكون باطلاً أصلاً.

^١ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٩٩.

والسؤال الذي يطرح هو إذا كان الإتفاق على إنقاص الضمان يجب أن يكون صريحاً فهل من الممكن أن يكون مثل هذا الإتفاق ضمنياً؟

الإتفاق الضمني كالإتفاق الصريح جائز, فقد يكون علم كل البائع والمشتري بسبب الإستحقاق وقت البيع إتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب, ولكن في ذلك أن يقترن هذا العلم بملايسات وظروف قاطعة في إستخلاصه بشرط عدم الضمان, كأن يراعى وجود الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط البيع الأخرى^١. لأن مثل هذا الإتفاق هو من الأمور التي تُبنى على نيّة الطرفين الواقعية والتي يضطلع بسبورها قضاة الأساس.

إلا أنّه, ووفقاً لما جاء في المادة ٤٣٣ م و ع, فإن العلم بسبب الإستحقاق عند العقد لا يُعفي البائع إلا من العطل والضرر بمعناه الضيق, وبالتالي لا يمكن بمجرد معرفة سبب الإستحقاق للقول أن هنالك إتفاق على إعفاء البائع من عنصر آخر من عناصر الضمان^٢.

الفرع الثاني : الإتفاق على إسقاط الضمان

نصّت المادة ٤٣٠ م و ع, على إمكانية المتعاقدين في الإتفاق على إسقاط الضمان, ويُقابلها في ذلك المادة ١/٤٤٥ مدني مصري والمادة ١٦٢٧ مدني فرنسي.

إلا أنّه, إذا كان المشرّع أجاز بشرط إسقاط الضمان وأعتبره صحيحاً, إلا أنّ صحة هذا الشرط تبقى مشروطة بأن لا يكون البائع قد تعمّد إخفاء حقّ الأجنبي وفقاً لما جاء في المادة ٣/٤٤٥ مدني مصري. وهذا ما يأخذ به القانون اللبناني تطبيقاً للقواعد العامّة.

إن شرط إسقاط الضمان لا يُعفي البائع من ضمان الإستحقاق الناشيء عن فعله وفقاً لما تم بيانه فيما يتعلق بإعفاء البائع من ضمان فعله الشخصي, حيث يُعتبر شرط الإعفاء من ضمان البائع لتعرضه الشخصي باطلاً وفقاً لنص المادة ٤٣١ م و ع, والمادة ١/٤٤٦ مدني مصري.

أما إذا كان الإستحقاق ناشئاً عن فعل الغير لا عن فعل البائع, فالأصل, أن شرط عدم الضمان لا يعفي البائع من كل مسؤوليته إذا ما استحقّ المبيع بل يبقى البائع مُلزماً برد الثمن دون سائر عناصر التعويض وفقاً لما جاء في نصّ

^١ Marcel Planiol et Georges Ripert par Hamel, op.cit , T.10 N." 122 p : 132.

مترجم منه للعربية

^٢ علي مصبح ابراهيم, مرجع سابق, ص ١٣٤.

المادة ٤٣٢ م و ع, وهذا ما أخذ به القانون الفرنسي في المادة ١٦٢٩ منه. أما في القانون المصري فوفقاً للفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ م فإنه ملزماً برد قيمة المبيع وقت الإستحقاق دون سائر عناصر التعويض الأخرى.
من هنا, لا بد من الإشارة إلى أن الشرط العام بإسقاط الضمان لا يعفي البائع من كل مسؤولية, أي ليس له أثر مطلق إنما له أثراً مقيداً, حيث يبقى البائع مسؤول عن رد الثمن دون التعويضات فقط. ولكن حتى يترتب على إسقاط الضمان إعفاء البائع مطلقاً بحيث لا يكون مسؤولاً أمام المشتري إذا استحق المبيع كله أو بعضه, أي حتى يترتب عليه أثراً كاملاً يجب توفر إحدى الحالتين:

الأولى: أن يكون المشتري عالماً عند البيع بسبب الإستحقاق, فقبول المشتري رغم علمه بسبب الإستحقاق بشرط عدم الضمان من قبل البائع يعني موافقته على إعفاء البائع من كل مسؤولية بل وتحمله نتيجة مخاطرته^١.
ويقع عبء الإثبات أي إثبات علم المشتري بسبب الإستحقاق على البائع. وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات, لأن الإثبات هنا ينصب على واقعة مادية هي العلم بسبب الإستحقاق و يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع^٢.

الثانية: إذا اشترى المشتري المبيع ساقط الخيار, لا يكون له بعد ذلك الرجوع بشيء على البائع لو استحق المبيع للغير بسبب لا يرجع إلى البائع. ويكون ذلك في حالة ما إذا عقد المشتري العقد وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر أي اشترى على مسؤوليته, فعقد البيع في هذه الحالة يعتبر من عقود الغرر أو المخاطر فيسقط كل رجوع للمشتري على البائع إذا وقع له الإستحقاق^٣. وذلك لأن الغالب هو أن يقبل المشتري هذا الشرط إذا كان هنالك شك حول ملكية البائع للمبيع, ولذلك يقبل الشراء بثمن زهيد أملاً في عدم إستحقاق المبيع. إذاً, البيع هنا في كلتا الحالتين هو بيع احتمالي أي يتخذ البيع صفةً صدفوية تستبعد الضمان.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة ٤٣٢ م و ع, نجد بأنها تشير إلى حالة واحدة من الحالات التي يسقط فيها الضمان بشكل كامل عن البائع ألا وهي حالة ما إذا اشترى المشتري المبيع وهو ساقط الخيار. حيث نصت على أنه: "في حالة

^١ محمد حسين منصور, مرجع سابق, ص ١٥٥.

^٢ محمد حسين منصور, المرجع أعلاه, ص ١٥٥.

^٣ رمضان أبو السعود, مرجع سابق, ص ٣٢٠.

إشترط عدم الضمان بيبقى البائع مُلزماً عند نزع اليد بالإستحقاق بردّ الثمن إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضارّ والمخاطر".

أما القانون المصري فقد أشار إلى الحالتين السابق ذكرهما في المادة ٢/٤٤٦ منه حيث نصّت على أنه: "أما إذا كان إستحقاق المبيع قد نشأ عن فعل الغير, فإن البائع يكون مسؤولاً عن ردّ قيمة المبيع وقت الإستحقاق, إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الإستحقاق, أو أنه إشتري ساقط الخيار".

ولابدّ من الإشارة هنا, إلى الإختلاف بين نصّ القانون الفرنسي من جهة ونصّ قانون الموجبات والعقود اللبناني من جهة أخرى بشأن إعفاء البائع إعفاءً كلياً حتى من ردّ الثمن بحيث أشار القانون الفرنسي إلى الحالتين السابقتين في المادة ١٦٢٩ منه^١. حيث جاء منها أنه في حالة الإتفاق على عدم الضمان يُلزم البائع عند الإستحقاق الكلي للمبيع بردّ الثمن إلا إذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخطر الإستحقاق, أو إذا إشتري آخذاً على نفسه ما يمكن وقوعه من المضارّ والمخاطر.

بينما أشار قانون الموجبات والعقود إلى حالة واحدة فقط وهي حالة ما إذا إشتري المشتري المبيع آخذاً على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر. وأن المادة ٤٣٣ م و ع, التي بينت عناصر التعويض لم تعط لمعرفة المشتري وقت البيع بخطر الإستحقاق سوى مفعول إعفاء البائع من العطل والضرر, ولم تعطيه مفعول إسقاط الضمان عنه. وفي هذا المجال إختلف القانون اللبناني عن القانون المصري أيضاً الذي أشار إلى الحالتين, ولقد كان من الأجدى على المشرّع اللبناني أن ينهج نهج كل من المشرع الفرنسي والمصري وينصّ أيضاً على إعفاء البائع حتى من ردّ الثمن عندما يكون المشتري عالماً بسبب الإستحقاق. كما أن هاتين الحالتين يشكلان إستثناء على المبدأ الذي يُلزم في حالة اشتراط عدم الضمان بردّ الثمن عند نزع اليد بالإستحقاق.

اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أنه يلزم لإعفاء البائع من الثمن في هذه الحالة (إذا اشتري المشتري المبيع ساقط الخيار) أن يوجد إلى جانب شرط عدم الضمان تصريح للمشتري بأنه يشتري على مسؤوليته, في حين اعتبر فريق آخر من الفقهاء الفرنسيين أنه يكفي في هذه الحالة أن يصرح المشتري أنه يشتري على مسؤوليته, إذ هو بذلك يأخذ على عاتقه المخاطر ويبرم عقداً إحتمالياً يعفي فيه البائع في حالة إستحقاق المبيع من الغير حتى من أداء الثمن ولا يستلزم

^١ Les articles 1629 : "Dans le même cas de stipul-action de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu a la restitution du prix a mois que l'acquéreur n'ait connu lors de la vent le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté a ses périls et risques".

إلى جانب هذا التصريح شرط بعدم الضمان، فالمشتري أخذ على عاتقه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر، ويكون قد أبرم عقد بيع إحتمالي وبالتالي لا يجوز له الرجوع على البائع، وهذا ما أخذ به الفقه في مصر ولبنان حيث أنه لا يشترط في إعفاء البائع من الضمان ألفاظ خاصة، أو أن يقترن شرط إسقاط الضمان بعبارة أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار، بل يكفي أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً منه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً إحتمالياً، وأنه في حال استحقاق المبيع لا يكون البائع مسؤولاً عن شيء.

إذن، يجوز للمتعاقدين الإكتفاء بذكر أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان، ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض حتماً إسقاط الضمان. أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار^١.

إنّ الرأي الثاني هو الرأي الأسلم، على إعتبار أن الشرط بعدم الضمان يمكن أن يُستفاد من الألفاظ والعبارات المستخدمة في العقد من قبل المتعاقدين دون حاجة إلى ذكر شرط عدم الضمان. أما أن المشتري قد إشتري ساقط الخيار فلا يمكن إستنتاجه من العبارات المستخدمة في العقد بل يجب ذكره بشكل واضح.

أما فيما يتعلق بالحالة التي يكون فيها المشتري عالماً بسبب الإستحقاق وقت البيع، فإنه يشترط لإسقاط الضمان في هذه الحالة، أن يكون هناك شرط بعدم الضمان^٢. وهذا ما أخذ به الفقه في مصر وفرنسا بحيث اعتبر أن علم المشتري بسبب الإستحقاق لا يؤدي إلى إسقاط الضمان كلياً، إلا إذا اقترن به شرط عدم الضمان، وهذا ما طبقه أيضاً الإجتهد.

- فيما يتعلق بحقوق الإرتفاق:

نصّ المشرّع اللبناني في المادّة ٤٣٩ م و ع على أنه: "إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرّح بها وكانت كبيرة الشأن إلى حدّ يمكن معه تقدير أن المشتري لو علم بها لما اشترى، حقّ له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الإكتفاء بأخذ العوض"^٣.

أما المشرّع المصري فقد نصّ في المادّة ٤٤٥/٢ م.م على أنه: "يفترض في حقّ الإرتفاق أن البائع قد إشتري عدم الضمان إذا كان هذا الحقّ ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري".

^١ رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٣٢١.

^٢ Baudry et saignat , op.cit , N." 409 p: 418.

مترجم منه للعربية

^٣ يقابلها المادّة ١٦٣٨ مدني فرنسي.

ويبدو لنا من خلال هذا النصّ أن المشرع المصري افترض وجود اتّفاق ضمني بين البائع والمشتري على إسقاط الضّمان الناشئ عن وجود حقوق إرتفاق على البيع, وذلك عندما يكون هذا الحق ظاهراً أو عندما يكون البائع قد أبان عنه للمشتري.

إذن, يكون البائع غير ضامن لحقوق الإرتفاق إما بإشترطه عدم الضّمان وإمّا بأن يثبت أنّ المشتري قد علم بحقّ الإرتفاق لأنّه ظاهر أو أبان عنه البائع للمشتري. أمّا بالنسبة للحقوق الأخرى فإنّ البائع لا يكون غير ضامن إلا بإشترطه عدم الضّمان ولا يكفي بصدها إثبات علم المشتري بها.

وعلم المشتري بحقّ الإرتفاق الذي يكون بمثابة عدم الضّمان يجب أن يكون مصدره أحد أمرين:

- ١- إما أن يكون حقّ الإرتفاق ظاهراً وقت البيع على نحو يستطيع المشتري أن يرى معالمه وقت معاينة المبيع, أي أن مجرد ظهور الأرتفاق يُعدّ قرينة على وجود اتّفاق على إسقاط الضّمان, سواء علم المشتري أو لم يعلم بحقّ الارتفاق^١.
- ٢- أن يكون البائع قد أبان عنه للمشتري (عندما يكون حقّ الإرتفاق غير ظاهر), وبالتالي إن كشف البائع عن حقّ الإرتفاق وعلم المشتري به وسكوته يعتبر قبولاً ضمناً بإسقاط الضّمان.

إن علم المشتري بحقّ الإرتفاق بأحد هذين الطريقتين يشكل قرينة على وجود إتّفاق ضمني على عدم الضّمان, وإلا أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة تسقط بوجود إتّفاق صريح على ضمان البائع لحقوق الإرتفاق, وبالتالي, إن علم المشتري بحقّ الإرتفاق عن طريق شخص آخر غير البائع من تلقاء نفسه, لا يفيد معنى عدم الضّمان. كما أنّ مجرد تسجيل حقّ الإرتفاق لا يكفي لإعفاء البائع من الضمان, ما لم يشترط البائع عدم ضمانه لحقّ الإرتفاق المسجل.

أما بالنسبة للقانون اللبناني فإننا نجد من خلال نصّ المادّة ٤٣٩ م و ع, أنّه إذا كانت حقوق الإرتفاق على المبيع غير ظاهرة ولم يصرّح بها كانت من الجسامة بحيث لو علم بها المشتري لما اشترى حقّ له أن يطلب فسخ العقد أو يكتفي بطلب التعويض. ويتربّب على ذلك, أنه إذا كان حقّ الإرتفاق ظاهراً فلا يكون للمشتري الرجوع على البائع أو طلب الفسخ, وذلك لأنّ المشرع في هذه الحالة يفترض أنه ينبغي أن يعلم المشتري بما يُثقل المبيع من حقوق الإرتفاق ولو لم يذكر عنها شيئاً في العقد.

أمّا إذا كان حقّ الإرتفاق غير ظاهر - كالإرتفاق بعدم البناء- وكشف عنه البائع للمشتري أو علم به المشتري من سبيل آخر فإنّه يفترض في هذه الحالة أن البائع قد اشترط عدم الضّمان. لأنّ نصّ المادّة ٤٣٩ م و ع مطلق ولم يقيّد

^١ محمد حسين منصور, مرجع سابق, ص ١٥٦.

علم المشتري بمصدر معين حيث أنها تنصّ على أنّه "لم يصرّح بها". ولكن يبقى على البائع إثبات علم المشتري علماً حقيقياً بوجود حقّ الإرتفاق.

أما بالنسبة لحقوق الإرتفاق المشهورة عن طريق السجّل العقاري، على خلاف السجّل الشّخصي، تعتبر في حكم الحقوق المصرّح بها من حيث العلم بها، وبالتالي لا يكون للمشتري الرجوع بالضّمان¹.

¹ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

الخاتمة

ما يُميّز موضوع هذه الرسالة هو أن ضمان التعرض والاستحقاق يُعتبر جزءاً لا يتجزأ عن عقد البيع، إذ أنه يدخل في صلب هذا العقد بشكل أساسي، لذا قد إنصب هذا البحث بصورة أساسية على معالجة موضوع التعرض والاستحقاق بالرغم من وجوده في الكثير من العقود الأخرى كما سبق وذكرنا .

إن أكثر ما دفعني لمعالجته هو تركيز معظم المؤلفات القانونية على معالجة موضوع ضمان العيوب الخفية في المبيع وهو الجزء الآخر من ضمان البائع وتوسعها في دراسة هذا الموضوع دون أن تعطي أي إهتمام لموضوع ضمان التعرض والاستحقاق إلا بالحد الأدنى بالرغم مما يحتويه هذا الموضوع على أهمية فجاءت معظم المؤلفات المتناولة له مقتضبة وهذا الأمر يعود إلى الفقهاء القانونيين خلافاً لما إعتدنا عليه من قبلهم خصوصاً وأنهم يولون إهتماماً كبيراً لعقد البيع .

إنما قدمته من خلال بحثي ربما يُشكل خطوة أولى في سبيل الإضاءة على هذا الموضوع وبداية للتطرق إليه ومعالجته عبر مؤلفات جديدة توضّح مفهومه وشروطه وحالاته وآثاره . خصوصاً لجهة آثاره ولما ينتجه من مفاعيل قانونية بالنسبة للمتعاقدين ولما يُشكله من آثار كبيرة على صعيد عقد البيع بإعتبار أن هذا العقد من أكثر العقود التي لطالما شغلت الكثير من المؤلفين وإحتلت جزءاً لا يُستهان به في مؤلفاتهم القديمة والحديثة .

إلا أن أهم ما واجهني في كتابة هذا البحث هو أن معظم المؤلفات التي تناولته كانت منقولة عن بعضها بعضاً وفي كثير من الأحيان بصورة حرفية الأمر الذي يشكّل عقبة كبيرة أمام كل باحث يبحث عمّا هو جديد في موضوعه ومحاولاً إبراز وجه جديد له باحثاً عن الأفكار المختلفة لدى كل مؤلف . لذا ، لا يجد الباحث ما يمكن أن يستعين به لكتابة بحثه بصورة حديثة بعيداً عن التقليد خصوصاً عند وجود الأفكار المتجددة والمعالجة القانونية له، إلا أنني حاولت ويقدر الإمكان أن أخرج من هذا الإطار .

كما أن ندرة الاجتهاد الحاصل حوله سواء على الصعيد الفرنسي أو اللبناني ساهم بشكل أو بآخر بمعالجة الموضوع بطريقة وصفية . إذ أن التطبيق العملي له - والذي يساعد الباحثين والقراء في كتاباتهم وفي الحصول على الحلول القانونية لبعض المسائل التي يثيرها هذا الموضوع - بعيد عنهم .

هذا بالإضافة إلى تركيز معظم المؤلفات على نقطة معينة دون النقاط الأخرى ، وهذا هو الحال فيما يتعلّق بالآثار الناتجة عن ضمان التعرض الشخصي بحيث لم تتعرض المؤلفات لهذه النقطة بشكل مفصّل إنما جاء الحديث عنها

بشكلٍ مقتضب . كما أنّ معظم الفقهاء لم يفرقوا بين ضمان التعرّض الشخصي و ضمان تعرّض الغير فجاءت معالجتهم في إطارٍ واحد .

وأهم ما يلفت نظر الباحث فيه هو أنّه بالرغم من أن المشرّع اللبناني يتبع المشرّع الفرنسي في وضعه للنصوص القانونية ، إلا أنه حاول أن يتفوّق عليه في بعض المسائل مُتفادياً النقص الحاصل في التشريع الفرنسي ومُستفيداً من إنتقاد الفقه الفرنسي لبعض النصوص الفرنسية المتعلقة به آخذاً من هذا الإنتقاد وسيلة لتطوير نصوصه . وهذا ما نراه على سبيل المثال في المادة ٤٣٨ م و ع بحيث أخذ بقيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن لا بالنسبة إلى قيمة المبيع وقت الإستحقاق بحيث راعى المشرع اللبناني التسلسل المنطقي لأحكام الضمان وعدم التناقض بين النصوص .

وعلى الرغم من إتباع المشرع اللبناني المشرع الفرنسي في وضع النصوص القانونية فإننا نجد بعض الاختلافات التي شكلت نقطة تقدم لصالح المشرع الفرنسي مثال ذلك : المادة ١٦٢٩ مدني فرنسي والمادة ٤٣٢ م و ع . وهذا ما يدل على أن المشرع اللبناني كان متقدماً على نظيره الفرنسي في بعض الأحيان ومتراجعاً عنه في أحيانٍ أخرى . لا بدّ من أن يكون هناك تطبيقاً حول هذا الموضوع من خلال الإجتهد الذي يساهم في تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ويبرز تفاصيله بشكل أدقّ، أو من خلال مؤلفات جديدة تساعد في عرض هذه التفاصيل ، وتضيء عليه من مختلف جوانبه .

كما أنه لا بد من تعديل بعض النصوص القانونية بشكلٍ يواكب التطور الحاصل في عقد البيع بإعتباره أكثر العقود إنتشاراً وتشعباً داخل المجتمع الواحد أو فيما بين المجتمعات . وأن يتلافى المشرّع اللبناني النقص الحاصل في بعض المواد القانونية مستفيداً من النصوص الفرنسية والمصرية .

لربما يساهم هذا البحث في إلقاء الضوء على هذا الموضوع بشكلٍ أو بآخر كوسيلة لجعله يحتلّ مكانة أكبر في أبحاث الباحثين وكتب المؤلفين وكخطوة أولى يستكملها الباحثون في أبحاثهم القادمة .

• المراجع

أولاً : باللغة العربية

١. إبراهيم (علي مصبح)، " العقود المسماة"، "البيع-الإيجار-الوكالة"، الطبعة الأولى ، دار الفكرالعربي للطباعة والنشر،بيروت ٢٠٠٢ .
٢. أبو سعد (محمد شتا)، "التقنين المدني"، "في أحكام الإلتزامات والبيع والمقايضة"، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٩ .
٣. أبو السعود (رمضان)، " العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة"، دارالمطبوعات الجامعية، الاسكندرية ٢٠٠٠ .
٤. أبوالنجا (إبراهيم)، "عقد البيع في القانون المدني الليبي"، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية ١٩٩٧ .
٥. أحمد (عبد الخالق حسن)، "الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة"، الجزء الثالث، "عقد البيع"، الطبعة الأولى ١٩٨٩ .
٦. البدرابي (عبد المنعم)، "عقد البيع في القانون المدني" الطبعة الثانية، مطابع دار الكتاب العربي . مصر ١٩٥٨ .
٧. الحجار (محمد حلمي)، "الوسيط في أصول المحاكمات المدنية"، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، بيروت ٢٠٠٢ .
٨. الزرقاء (مصطفى أحمد)، "شرح القانون المدني السوري"، "العقود المسماة"، "عقد البيع والمقايضة" الطبعة السادسة، مطابع دار الفتى بدمشق، ١٩٦٥ .
٩. السنهوري (عبد الرزاق) "الوسيط في شرح القانون المدني"، "البيع والمقايضة" الجزء الرابع، الطبعة الثانية والجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت ٢٠٠٠ .
١٠. العامري (سعدون)، "الوجيز في شرح العقود المسماة"، الجزء الاول، "البيع والإيجار"، الطبعة الثانية، مطبعة العاني - بغداد ١٩٧٠ .
١١. بدوي (حنا)، "موجبات وعقود"، "اجتهادات-نصوص وقوانين"، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان ١٩٩٩ .
١٢. حسواني(الياس)، "محاضرات في العقود المسماة للسنة الرابعة" مكتب اسطنبولي، حقوق الطبع والنشر محفوظة، بيروت-شارع الكباشية ١٩٧١ .
١٣. جريج (خليل)، "محاضرات في نظرية الدعوى"، طبعة ١٩٧٠ .

١٤. جيروم (هوبيه)، "العقود الرئيسية الخاصة"، المجلد الأول، الطبعة الأولى، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ٢٠٠٣ .
١٥. سعد (نبيل ابراهيم)، "البيع"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للطباعة والنشر لبنان-بيروت ١٩٩٧ .
١٦. سلطان / العدوي (أنور و جلال)، "العقود المسماة"، "عقد البيع" دار المعارف، مصر ١٩٦٦ .
١٧. سليمان (مرقس)، "الوافي في شرح القانون المدني"، "عقد البيع وعقد الكفالة"، الجزء السابع، المنشورات الحقوقية- صادر ١٩٩٣ .
١٨. شنب، خليل (محمد لبيب & مجدي صبحي)، "شرح أحكام عقد البيع"، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٨ .
١٩. ضاهر (فؤاد)، "البيع في ضوء الاجتهاد"، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس- لبنان ١٩٩٨ .
٢٠. طلبة (أنور)، "الوسيط في القانون المدني"، الجزء الثاني، "العقود المسماة" دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٦٦ .
٢١. طلبة (أنور)، "العقود المسماة"، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٩٦ .
٢٢. طه (غنى حسون)، "الوجيز في العقود المسماة"، الجزء الأول، "عقد البيع"، مطبعة المعارف بغداد ١٩٧٠ .
٢٣. غانم (إسماعيل)، "مذكرات في العقود المسماة"، "عقد البيع"، مطابع دار الكتاب العربي بمصر ١٩٥٨ .
٢٤. فرج (توفيق حسن)، "عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٦٨ .
٢٥. قاسم (محمد حسن)، "القانون المدني"، "العقود المسماة"، "البيع-التأمين-الضمان-الإيجار"، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان طبعة ٢٠٠١ .
٢٦. كركبي (مروان)، "العقود المسماة"، "البيع-المقايضة-الإيجار-الوكالة"، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، حقوق الطبع محفوظة بيروت ١٩٩٣ .
٢٧. محمد، (السيد خلف)، "عقد البيع"، الطبعة الثانية، دار الفكر والقانون، القاهرة، المنصورة ٢٠٠٠ .
٢٨. منصور (مصطفى منصور)، "العقود المسماة"، "البيع والمقايضة والإيجار" دار المعارف، مصر ١٩٥٦-١٩٥٧ .
٢٩. منصور (محمد حسين)، "شرح العقود المسماة في مصر ولبنان"، الجزء الأول، "البيع والمقايضة" دار النهضة العربية بيروت-لبنان ١٩٩٥ .

٣٠. ناصيف (الياس)، "موسوعة العقود المدنية والتجارية"، "عقد البيع"، دراسة مقارنة، الجزء الثامن، جميع الحقوق محفوظة للمؤلف ١٩٩٥.
٣١. نخلة (مورييس)، "الكامل في شرح القانون المدني"، دراسة مقارنة، الجزء الخامس، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠١.
٣٢. يكن (زهدي)، "شرح قانون الموجبات والعقود"، القسم الثاني "عقد البيع" الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار الثقافة، بيروت.

● الأبحاث والمقالات:

١. خضر (خميس)، "شروط تحقق التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير" مجلة القانون والإقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، السنة الخامسة والأربعون، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، مارس ١٩٧٥.
٢. مجلة صادر بين التشريع والاجتهاد، "البيع"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٣ .
٣. مجلة العدل، "موجب البائع بضمان التعرض والاستحقاق"، مقالة بقلم الدكتور سمير عاليه، العدد الثاني ١٩٨٥ .

● الدوريات :

١. النشرة القضائية اللبنانية ، ١٩٦٤ ، ١٩٦٥ ، (١٩٤٥-١٩٧٤)، (١٩٨٨ العدد ١٢)، (صادرة عن وزارة العدل اللبنانية).
٢. مجلة العدل لعامي ١٩٩٧ و ٢٠٠٥ (صادرة عن نقابة المحامين - بيروت).
٣. مجموعة إجتهدات حاتم (حاتم لعام ١٩٥١ ، ١٩٥٥ ، ١٩٦٠ ، ١٩٨٣) .
٤. مجموعة باز لعام ١٩٦٠ ، ١٩٨٧ الجزء الثامن. (خلاصة أحكام محكمة التمييز المدنية اللبنانية).
٥. المجلة القضائية السنة ٣١ عدد ٢ سنة ١٩٥١ .

1. Aubry et Rau par Esmein : "**cours de droit civil Français**" , T.5 , 6ème éd , Paris 1949 .
2. Baudry et Saignat . "**Traité théorique et pratique de droit civil**" , 3ème éd .
3. Beudant (Robert), "**cours de droit civil Français**", tome XI , 1938.
4. Benabent (Alain), "**Droit civil**", "**les contrats speciaux les obligations**" 2ème éd , montchrestien 1995.
5. Ghestin (Jacques), par Huet (Jérôme) "**Traité de droit civil**", ed – par Jacques Ghestin – Paris : P.U.F. 1996.
6. Josserand (Louis) , "**cours de droit civil positif Français II**", Librairie du recueil sirey, Paris 1933 .
7. Limpens (Jean), "**La vente en droit belge**" 1960.
8. Malaurie (Phillipe) , Aynés (Laurent) , Gauthier (Pierre-Yves), "**les contrats speciaux**", 2ème éd , Défrénois 2005 .
9. Planiol (Marcel) et Georges (Ripert) par Hamel : "**Traité pratique de droit Français**" T.10 , 2ème éd .

● **Periodiques:**

1. Bull, Paris 1975.
2. Renvue trimmestriel de droit civil (RTD civ), "**contrats speciaux; vente**", "Pierre-yves Gauthier" (3) jull-sep 2001- Paris .
3. Juris Classeur "**obligation de vendeur**", "**vente**" éd-techniques 1995 .

الفهرس التفصيلي

١ المقدمة
٦ التصميم
٨ القسم الأول : الطبيعة القانونية لضمان التعرض والإستحقاق.
٨ الفصل الأول : ضمان التعرض الشخصي
١٢ المبحث الأول : شروط قيام التعرض الشخصي
١٣ الفرع الأول : أن يكون التعرض فعلياً
١٤ الفرع الثاني : أن يحول التعرض دون انتفاع المشتري بملكية المبيع
١٥ المبحث الثاني : نطاق ضمان التعرض الشخصي
١٧ الفرع الأول : التعرض المادي
٢١ الفرع الثاني : التعرض القانوني
٢٤ المبحث الثالث : خصائص ضمان التعرض الشخصي
٢٤ الفرع الأول : إلتزام مؤبد وغير قابل للتجزئة
٢٥ أ- إلتزام مؤبد
٢٩ ب- إلتزام غير قابل للتجزئة
٣٢ الفرع الثاني : مدى انتقال الإلتزام بضمان التعرض الشخصي
٣٢ أ- عدم انتقال الإلتزام إلى خلفاء البائع
٣٤ ب- إنتقاله إلى خلفاء المشتري
٣٥ الفصل الثاني : ضمان التعرض الصادر من الغير
٣٧ المبحث الأول : شروط ضمان التعرض الصادر من الغير
٣٧ الفرع الأول : أن يكون التعرض فعلياً ومستنداً إلى إدعاء الغير حقّ على المبيع ...
٤٣ الفرع الثاني : أن يكون هذا الحقّ سابقاً على البيع أو لاحقاً له مستمد من البائع
٤٦ المبحث الثاني : إستلزام حسن نية المشتري كشرط رابع للمطالبة بالضمان
٤٦ الفرع الأول : التفرقة بين الإستحقاق الكلي أو الجزئي والتكاليف بصفة عامة
 الفرع الثاني : التفرقة بين الإرتفاقات الناشئة عن الأعمال القانونية والإرتفاقات القانونية التي ترد على الملكية
٤٩
٥٤ المبحث الثالث : نطاقه وخصائصه
٥٤ الفرع الأول : نطاق ضمان التعرض الصادر من الغير

٥٥ أ- في البيوع الجبرية
٥٦ ب- في حالة توالي البيوع
٥٨ الفرع الثاني : خصائصه
٥٨ أ- عدم قابلية الإلتزام بضمان تعرّض الغير وقابليته للتجزئة
٥٩ ب- مدى انتقاله إلى خلفاء البائع أو خلفاء المشتري
٦٢ القسم الثاني : آثار ضمان التعرّض والإستحقاق
٦٣ الفصل الأول : آثار ضمان التعرّض الشخصي
٦٣ المبحث الأول : جزاء الإخلال بضمان التعرّض الشخصي
٦٤ الفرع الأول : التنفيذ العيني
٦٦ الفرع الثاني : التنفيذ بطريق التعويض
٦٧ المبحث الثاني : الإتفاق على تعديل أحكام الضمان
٦٩ الفرع الأول : الإتفاق على الإعفاء من الضمان
٧٨ الفرع الثاني : الإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان
٨٢ الفصل الثاني : آثار التعرّض الصادر من الغير
٨٣ المبحث الأول : التنفيذ العيني
٩٢ المبحث الثاني : ضمان الإستحقاق
٩٥ الفرع الأول : الإستحقاق الكلي
١١٥ الفرع الثاني : الإستحقاق الجزئي
١٢٣ المبحث الثالث : الإتفاق على تعديل أحكام الضمان
١٢٤ الفرع الأول : الإتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان
١٢٧ الفرع الثاني : الإتفاق على إسقاط الضمان
١٣٣ الخاتمة
١٣٥ المراجع